



دوفصلنامه

فقه و حقوق خصوصی

۳

علمی - تخصصی
دانشگاه شهید مطهری
سال دوم / بهار و تابستان ۱۳۹۸



صاحب امتیاز: دانشگاه شهید مطهری
مدیر مسئول: سید علیرضا فروغی
سر دبیر: سید ابوالقاسم نقیبی
هیأت تحریریه:

- ❖ محمد امامی کاشانی: تولیت مدرسه عالی و ریاست دانشگاه شهید مطهری
- ❖ سید مصطفی محقق داماد: استاد دانشگاه شهید بهشتی
- ❖ سید محمد موسوی بجنوردی: استاد دانشگاه خوارزمی
- ❖ سید حسین صفایی: استاد دانشگاه تهران
- ❖ سید محمد صادق موسوی: دانشیار دانشگاه شهید مطهری
- ❖ سید ابوالقاسم نقیبی: دانشیار دانشگاه شهید مطهری
- ❖ محمد بهرامی: دانشیار دانشگاه شهید مطهری
- ❖ محسن اسماعیلی: دانشیار دانشگاه تهران
- ❖ محمد روشن: دانشیار دانشگاه شهید بهشتی

مدیر اجرایی: عطیه زندیه
ویراستار: عطیه زندیه
نمونه خوان: اعظم سلیمانی
مترجم انگلیسی: سید صدرالدین موسوی جشنی
طراح جلد و صفحه آرا: امیر رجبی نژاد

نشانی: تهران، میدان بهارستان، دانشگاه شهید مطهری، دفتر دوفصلنامه فقه و حقوق خصوصی.

صندوق پستی: ۱۱۳۶۵-۴۷۸۵

کد پستی: ۱۱۵۷۶۱۳۱۱۷

تلفن و دورنگار: ۰۲۱-۳۳۵۶۳۱۳۱

وب سایت اینترنتی: www.motahari.ac.ir

پست الکترونیکی: jurisp.priv.law@gmail.com

بهای تک شماره: ۱۲۰۰۰۰ ریال

- ❖ دوفصلنامه فقه و حقوق خصوصی در ویرایش، تلخیص و اصلاح مطالب آزاد است.
- ❖ مطالب مندرج در دوفصلنامه فقه و حقوق خصوصی لزوماً بیانگر دیدگاه‌های دانشگاه شهید مطهری نیست.
- ❖ نقل مطالب با ذکر مأخذ آزاد است.

راهنمای نگارش مقالات

❖ مشخصات کلی مقاله

۱. مقاله علمی، پژوهشی، تحقیقی، مستند و در مورد فقه و حقوق خصوصی باشد.
۲. مقاله در هیچ نشریه داخلی و خارجی به چاپ نرسیده یا به طور هم زمان به مجلات دیگر ارسال نشده باشد.
۳. نقل قول‌های مستقیم و غیر مستقیم به زبان فارسی باشد، مگر آنکه آوردن نقل قول به زبان‌های دیگر موضوعیت داشته باشد.
۴. حجم مقاله حداقل ۱۶ صفحه (حدود ۵/۰۰۰ واژه) و حداکثر ۲۶ صفحه (حدود ۱۰/۰۰۰ واژه) باشد.
۵. مقاله به صورت تایپ شده و در محیط Word 2010، با قلم B zar 14 حروف چینی گردد.
۶. چکیده مقاله حداکثر ۲۰۰ کلمه باشد.
۷. مقاله دارای ۵ تا ۱۰ کلید واژه باشد.

❖ شیوه ارجاع به منابع

۱. منابع فارسی و عربی همراه با هم و منابع لاتین به طور جداگانه در پایان مقاله قرار گیرد و هر یک به صورت الفبایی در پایان مقاله تنظیم گردد.
۲. باورقی‌های توضیحی به صورت پی‌نوشت، آخر مقاله، قبل از منابع قرار گیرد.
۳. ارجاعات به صورت درون متنی، با ترتیب تبیین شده، ارائه شود: نام خانوادگی نویسنده، سال انتشار، شماره جلد: صفحه. مثال: (کاتوزیان، ۱۳۸۱، ج ۳: ۴۳۴).
۴. منابع پایان مقاله به ترتیب زیر ارائه شود:
کتاب: نام خانوادگی نویسنده، نام نویسنده (تاریخ انتشار) *عنوان کتاب*، نام مترجم، محل انتشار: نام ناشر، نوبت چاپ، تعداد مجلدات.
مقاله: نام خانوادگی نویسنده، نام نویسنده (تاریخ انتشار) «عنوان مقاله»، نام مترجم، نام نشریه، شماره نشریه. (همین ترتیب در مورد کتاب‌ها و مقالات لاتین نیز رعایت گردد).

❖ مشخصات نویسنده

شناسه نویسنده/ نویسندگان شامل این موارد می‌شود: نام و نام خانوادگی، مدرک تحصیلی، مرتبه علمی، سمت کنونی، محل کار و نشانی دقیق آن، پست الکترونیکی، شماره تماس.

فهرست مطالب

- ❖ یادداشت سردبیر..... ۱
- ❖ ارتقای ژنتیکی و ویژگی‌ها و توانایی‌های انسان از منظر اخلاق و فقه..... ۳
اکرم صفیری
زهرا سادات میرهاشمی
- ❖ بررسی فقهی و حقوقی مالیت و مالکیت داده‌های دیجیتال در فضای سایبری..... ۳۵
سید علیرضا فروغی
اسماء حسین زاده سرشکی
- ❖ نظریه نقض کارآمد قرارداد..... ۵۵
محمد هادی رستمی
- ❖ مقایسه اعمال نفوذ ناروا در حقوق انگلستان با اکراه و اضطرار در حقوق ایران..... ۷۹
محسن اسماعیلی
کاظم شعبانی
- ❖ معرفی اوراق منفعت به عنوان ابزار مالی نوین اسلامی و مقایسه آن با اوراق اجاره..... ۱۰۹
اعظم لشگری یوسفی
- ❖ بررسی حجیت مثبتات امارات و کاربرد آن در فقه و حقوق..... ۱۳۳
سید ابوالقاسم نقیبی
الهام مغزی نجف آبادی
- ❖ چکیده مقالات به زبان انگلیسی..... ۱۶۶

یادداشت سردبیر

مسائل نوپدید در زندگی انسان معاصر موضوعات جدیدی را برای فقیه مطرح ساخته است تا با تتبع در منابع و ادله، حکم متناسب با آن را استنباط و ارائه نماید. گستره مسائل نوپدید بسیار متنوع و در ساحت‌های گوناگون زندگی بشر نمود یافته است.

فناوری ژنتیک یکی از این مسائل نوپیداست که با توجه به کاربردهای فراوانی که در حیات گیاهان، حیوانات و انسان‌ها دارد نیازمند به استنباط احکام مربوط به موضوعات آن هستیم. «ارتقای ژنتیکی نیروهای انسانی توسط نو ترکیبی ژنتیکی» یکی از موضوعات مهم در این زمینه است که بررسی اخلاقی، فقهی و حقوقی آن اجتناب‌ناپذیر می‌باشد. داده‌های دیجیتال در فضای سایبری نمونه دیگر مسائل نوپدید است که با توجه به ارزش اقتصادی آن داده‌ها بایسته است جایگاه مالیت و همچنین مالکیت آنها در نظام حقوقی اسلام و ایران مورد بررسی قرار گیرد. برخی از این داده‌ها، مانند نرم‌افزارهای رایانه‌ای در نظام اموال فکری، قابل مطالعه فقهی و حقوقی‌اند، ولی لوازم فضای سایبری به‌عنوان متعلقات زیرساخت فضای سایبری که شامل سخت‌افزارها می‌شوند و منافع حاصل از آنها و مالکیت این داده‌ها در ذیل نظام حاکم بر اموال در حقوق مدنی، مورد مطالعه قرار می‌گیرند. بانک و بورس دو نهاد مالی هستند که در فعالیت‌های خود تأسیسات و ابزارهای را به کار می‌گیرند که هر یک می‌تواند یک مسأله نوپدید تلقی گردد. اوراق قرضه از جمله ابزارهای فعالیت بانک‌ها و بورس به‌شمار می‌آید. مسلمانان نیز با پذیرش نهاد بانک به ابداع ابزارهای مالی متناسب با اصول، تعالیم اقتصادی اسلام و عقود اسلامی مبادرت نمودند. اوراق مشارکت، مضاربه، استصناع و سلم از این جمله است که با فراهم کردن امکان تبدیل دارایی‌ها به اوراق بهادار به توسعه بازار سرمایه کمک می‌کنند. همچنین برای داد و ستد اوراق بهادار یک بازار ثانویه شکل می‌گیرد که قابلیت نقدشوندگی این اوراق افزایش می‌یابد. برخی از اوراق بهادار اسلامی از کارکردهایی برخوردارند که در برخی زمینه‌ها با هم شباهت دارند. به‌عنوان نمونه، اوراق بهادار منفعت با اوراق اجاره شباهت‌هایی دارد. از این رو، برخی تصور کرده‌اند که اوراق اجاره، قادر به

پوشش مزایای اوراق منفعت خواهد بود. مطالعه فقهی تطبیقی و مقایسه‌ای، ماهیت و ساختار این دو را به دست می‌دهد و احکام مترتب بر هر یک را آشکار می‌سازد. دوفصلنامه فقه و حقوق خصوصی علاوه بر اتخاذ رویکرد مطالعاتی و پژوهشی در زمینه مسائل نوپدید، مطالعه تطبیقی اعمال و وقایع حقوقی را از منظر فقه و نظام‌های حقوقی حاکم بر کشورهای خارجی عرضه می‌دارد. مقاله «مقایسه اعمال نفوذ ناروا در حقوق انگلستان با اکراه و اضطراب در حقوق ایران» بر اساس چنین تلقی نگاشته شده است. با مطالعات تطبیقی فقهی و حقوقی، پژوهش‌گر با عنایت به سنت‌ها، اعتقادات و ضرورت‌های جامعه، پیوندی معقول و مقبول بین حقوق خارجی با حقوق داخلی پدید می‌آورد و زمینه شناخت موضوعات جدید و توسعه حقوق داخلی را فراهم می‌آورد.

ارتقای ژنتیکی ویژگی‌ها و توانایی‌های انسان از منظر اخلاق و فقه

اکرم صفیری^۱

زهره سادات میرهاشمی^۲

چکیده: فناوری ژنتیک و کاربردهای انسانی آن یکی از مسائل نوپیدای علمی است که امکان ارتقای ژنتیکی نیروها و توانایی‌های انسان و تبدیل او به «ابر انسان» را نیز فراهم آورده است. ارتقای ژنتیکی نیروهای انسان، نوعی ایجاد تغییر، تبدیل یا اصلاح ژنتیکی است که موجب بالا بردن کارکرد برخی اندام‌های بدن حتی فراتر از حد طبیعی انسان می‌شود. هدف از این عمل درمان افراد بیمار نیست، بلکه تقویت خصوصیات ژنتیکی یک شخص سالم است. اصول و قواعد کلی اخلاقی و حکم عقل که مبنی بر مصالح و مفاسد استفاده از این فناوری است، راهنمای ما در رسیدن به حکم اخلاقی ارتقای نیروهای انسانی از طریق این فناوری است. این مقاله برای دستیابی به حکمی روشن و صحیح در مورد ارتقای ژنتیکی نیروهای انسانی از منظر اخلاق و فقه، به بررسی کامل مصالح و مفاسد هر کدام از انواع تقویت ژنتیکی توانایی‌های انسان؛ یعنی ارتقای ژنتیکی نیروهای انسانی توسط انتخاب ژنتیکی رویان و ارتقای ژنتیکی نیروهای انسانی توسط نو ترکیبی ژنتیکی پرداخته و به طور مفصل نگرانی‌های خود و مفسده‌ها و ضررهای مترتب بر این عمل را بیان نموده و با غیراخلاقی دانستن هرگونه به کارگیری فناوری ژنتیک در زمینه ارتقای ژنتیکی نیروهای انسانی و با توجه به ضررهای مترتب بر آن، پیشنهاد ممنوع کردن آن را توسط قانون مطرح کرده است.

کلیدواژه‌ها: فناوری ژنتیک، ارتقای ژنتیکی، اصلاح نژاد ژنتیکی، مصالح و مفاسد، ارزش‌های اخلاقی.

۱. E-mail: university_motahari@yahoo.com

۱. استادیار دانشگاه شهید مطهری

۲. دانش‌آموخته مقطع دکتری فقه و حقوق خصوصی دانشگاه شهید مطهری و استادیار گروه فقه و حقوق

E-mail: z.mirhashemi@yahoo.com

دانشگاه الزهرا (س)

دریافت مقاله: ۱۳۹۸/۳/۱۲ تأیید مقاله: ۱۳۹۸/۵/۲۸

مقدمه

اتمام پروژه تهیه نقشه ژنوم انسان و شناخت کامل نقشه ژنتیک انسانی،^۱ چشم انداز امکان تغییر ساختار انسان را مطرح نمود (جکسون، ۱۳۸۸: ۹۹)، همان طور که علم مهندسی ژنتیک به طور وسیعی برای تغییر، بهبود و اصلاح وضعیت ژنتیکی گیاهان و حیوانات به کار برده شده است (دبیری، ۱۳۷۷: ۹۰). امکان استفاده از این فناوری برای تغییر، بهبود و اصلاح وضعیت ژنتیکی فعلی یا آینده افراد و کودکان انسان، وجود دارد (غفاری و رفعتی، ۱۳۸۹: ۲۴۰). با وارد کردن یک ژن جدید به درون سلول تخم، بی درنگ پیش یا پس از لقاح خارج رحمی و سپس انتقال این رویان دست ورزی شده^۲ به رحم زن به منظور حاملگی، این عمل به سادگی امکان پذیر است (بریانت و باگوت لاوله و سرل، ۱۳۸۸: ۱۴۲).

برخی این امکان را نویدبخش ارتقای ژنتیکی انسان می دانند و برخی دیگر، با بیان امکان بالای سوء استفاده و مفسده های مترتب بر آن، نگرانی خود را از این مسأله، در جهت جلوگیری از انجام چنین عملی به طور جدی پیگیری می کنند (جکسون، ۱۳۸۸: ۹۹).

به منظور بررسی کامل این پدیده فناوری ژنتیک از منظر اخلاقی، این مقاله ابتدا به شناخت فناوری تقویت ژنتیکی ویژگی ها و توانایی های انسانی پرداخته و سپس مصالح و مفاصد مترتب بر آن را به منظور نتیجه گیری اخلاقی ارائه می نماید.

۱. شناخت فناوری ارتقای ژنتیکی ویژگی ها و توانایی های انسان

به منظور دستیابی به حکم اخلاقی و در پی آن حکم فقهی و حقوقی هر موضوعی، شناخت کامل آن موضوع اهمیت بسیار زیادی دارد. بنابراین، به منظور شناخت همه جانبه این پدیده، به تعریف، امکان انجام، میزان ارتقا، افتراق آن با فناوری های درمانی، انواع و روش های انجام آن و دیدگاه های موجود در زمینه فناوری ارتقای ژنتیکی ویژگی ها و توانایی های انسان خواهیم پرداخت.

۱-۱. تعریف فناوری تقویت ژنتیکی توانایی های انسان

به طور کلی، فناوری تقویت توانایی های انسانی^۳ به دسته ای از فناوری ها اطلاق می شود که در آن از دانش پزشکی یا فنون دیگر برای بهبود وضع ظاهری، توانایی ها، سلامتی انسان و ...، فراتر از حد

طبیعی، به کار برده می‌شوند (غفاری و رفعتی، ۱۳۸۹: ۲۳۸).

بسیاری از جراحی‌های زیبایی، جراحی لیزر، کاشت پروتز، لیوساکشن و غیره، در زمره فناوری تقویت توانایی‌های انسان به شمار می‌آیند. هم‌چنین برخی از داروها مانند ویکارا^۴ که در درمان ناتوانی جنسی تجویز می‌شود، به‌عنوان افزایش‌دهنده عملکرد جنسی فراتر از حد معمول مورد استفاده قرار گرفته و در نتیجه در زمره تقویت‌کننده‌های نیروی انسانی محسوب می‌شوند (Savulescu, 2009: 216).

یکی از مصادیق این فناوری‌ها استفاده از روش ارتقای ژنتیکی توسط مهندسی ژنتیک است که در آن از علم ژنتیک برای ایجاد تغییرات ژنتیکی مانند تغییر رنگ مو، پوست، چشم یا محافظت از فرد در برابر آسیب‌پذیری از برخی بیماری‌ها و یا تقویت قوه بینایی، شنوایی و ... استفاده می‌شود.

در این موارد، فرد انتخاب‌شده بیمار نبوده و هدف درمان نیست بلکه هدف این است که یک خصوصیت ژنتیکی شناخته‌شده را در فرد تقویت کنند. یک مثال ساده در این مورد، یک ژن اضافی تولید هورمون رشد در بدن یک فرد است که توسط آن انسان بلندقدتر و بزرگ‌تر شود (دبیری: ۱۳۷۷: ۸۹ و ۹۰).

بدین ترتیب می‌توان گفت، ارتقای ژنتیکی نیروهای انسان، نوعی ایجاد تغییر، تبدیل یا اصلاح ژنتیکی است که موجب بالا بردن کارکرد برخی سیستم‌ها و اندام‌های بدن انسان می‌شود (Savulescu, 2009: 222).

۲-۱. امکان تقویت ژنتیکی توانایی‌های انسان

از اوایل دهه ۱۹۸۰ میلادی که انتقال ژن‌ها از جاندار به جاندار دیگر توسط مهندسی ژنتیک ممکن شد، دانشمندان به فکر استفاده از این امکان برای ارتقای ویژگی‌ها و نیروهای گیاهان، حیوانات و انسان‌ها افتادند. در این مسیر تاکنون این امر نه تنها روی گیاهان، بلکه روی حیواناتی مانند موش، میمون و خرگوش انجام شده است (Savulescu, 2009: 220).

با اتمام پروژه تهیه نقشه کامل ژنوم انسان، امروزه امکان ارتقای ژنتیکی نیروهای انسانی هم توسط فناوری دست‌ورزی‌های ژنتیکی^۵ وجود دارد. برخی دانشمندان معتقدند برای ارتقای ژنتیکی نیروهای انسانی می‌توان از ژن‌های متعددی که در گیاهان و حیوانات وجود دارد و انسان‌ها فاقد

آنها هستند، استفاده کرد. برای مثال، گیاهان، حاوی ژن‌هایی هستند که کارکرد آنها فتوستتر^۶ است، درحالی‌که انجام فتوستتر به دلیل فقدان چنین ژنی در انسان برای او ممکن نیست، یا بسیاری از حیوانات به دلیل دارا بودن ژن‌هایی خاص، حواسشان بسیار قوی‌تر از انسان کار می‌کند. برای مثال، می‌توان با استفاده از ژن‌های موجود در شاهین، قوه بینایی انسان را افزایش داد یا با به‌کارگیری ژن‌های سگ، قوه بویایی انسان را تقویت کرد یا حتی می‌توان انسانی خلق کرد که مانند چیتا بدود و عجیب‌تر اینکه با انتقال ژن فتوستتر گیاهان به انسان، او نیز می‌تواند دارای قدرت فتوستتر شود (Savulescu, 2009: 220).

۳-۱. میزان تقویت ژنتیکی توانایی‌های انسان

در مبحث ارتقا و یا تقویت توانایی‌های انسان، بحث از درمان افراد بیمار نیست بلکه هدف از این عمل این است که خصوصیات ژنتیکی یک شخص سالم را تقویت کنند (دبیری، ۱۳۷۷: ۸۹). البته تقویت برخی توانایی‌ها در انسان نه تنها موجب بهبود کارکرد انسان خواهد شد، بلکه فرصت زندگی بهتر را برای او فراهم خواهد آورد. دراین‌راستا، میزان تقویت توانایی یک انسان می‌تواند در دو سطح در نظر گرفته شده و عملی شود (Savulescu, 2009: 222).

اول اینکه توانایی یک فرد عادی را به میزانی افزایش دهیم که هرچند از میزان توانایی خودش یا افراد معمول جامعه بالاتر است، اما درنهایت از میزان توانایی یک فرد طبیعی انسان بالاتر نباشد. برای مثال، افزایش بهره هوشی^۷ یک فرد از ۱۰۰ به ۱۴۰. دوم اینکه توانایی یک فرد را از میزان توانایی یک انسان طبیعی و حتی توانمندترین و قدرتمندترین افراد انسان در آن زمینه، بالاتر ببریم؛ برای مثال، هوش فردی را به بالای ۲۰۰ برسانیم. گروهی از دانشمندان معتقدند، در این حوزه، ارتقای ژنتیکی نیروهای انسانی فقط باید با محدودیت ژن‌های موجود در جهان و با امکانات نو ترکیبی ژن‌ها، محدود شود (Lartigue & Glass & et al., 2007: 632-638). به اعتقاد این گروه، حتی این امکان وجود دارد که بر پایه ژن‌های موجود در جهان، ژن‌هایی با کارکردهای جدید خلق کرد و بدین ترتیب، انسان ارتقا یافته^۸ که به آن «فرا انسان»^۹ یا «ابر انسان»^{۱۰} نیز گفته می‌شود و توسط دست‌ورزی‌های ژنتیکی خلق شده است، می‌تواند دارای توانایی‌هایی باشد که نه تنها هیچ انسان دیگری چنین توانایی‌هایی را ندارد بلکه حتی گیاهان و حیوانات نیز پیش‌ازاین چنین توانایی‌هایی را نداشته باشند (Savulescu, 2009: 221).

۴-۱. افتراق فناوری تقویت ژنتیکی توانایی‌های انسان از فناوری‌های درمانی

تمایز میان استفاده درمانی و غیر درمانی از علم و فناوری‌های ژنتیک، در خصوص مهندسی ژنتیک بسیار دارای اهمیت است. برای مثال، تلقی ابتدایی از اصلاح نژاد ژنتیکی که توسط فرانسس گالتون^{۱۱} در عصر جدید مطرح شد، به‌یقین غیردرمانی بود و از همین رو مورد مخالفت‌های متعددی قرار گرفت. به همین منظور، برای تمایز کاربردهای درمانی و غیردرمانی در مورد اصلاح ژنتیکی، آن را به دو صورت مثبت و منفی تعریف کرده‌اند. به درمان‌هایی که به کمک دارو برای بیماران ژنتیکی و دارای معلولیت به کار می‌رفت یا به هدف پیشگیری از بروز بیماری‌های ژنتیکی انجام می‌شد، اصلاح نژادی منفی اطلاق نموده و آنها را از اصلاح نژادی مثبت تفکیک کردند (خداپرست و حجتی، ۱۳۸۹: ۱۱۲). در مبحث درمان، تشخیص و تمایز ارتقای ژنتیکی توانایی‌های انسان نیز مسأله مهمی است که باید مورد مذاقه واقع شود. درمان، شامل تصحیح یا جایگزینی ژن حاوی بیماری (برای مثال هانتینگتون) با یک ژن سالم است. درحالی‌که در ارتقای ژنتیکی هدف، اغلب جایگزینی یک ژن که در فرهنگ جامعه مورد اقبال بیش‌تری است، می‌باشد (برای مثال، یک رنگ چشم خاص، برای به دست آوردن جذابیت و یا اقبال بیش‌تر در جامعه). البته در ارتقای ژنتیک هم هدف می‌تواند بهبود کیفیت و شرایط زندگی انسان توسط تقویت ویژگی‌های فیزیکی او باشد (Cohen & Walters, 2003: 59).

در مورد قوه بینایی می‌توان تفاوت ارتقا و درمان را در یک مثال ساده چنین بیان کرد: استفاده از عینک برای درمان ضعف دید چشم و عیوب انکساری، به‌نحوی که با استفاده از آن فرد مبتلا، مشابه یک فرد طبیعی از قوه بینایی برخوردار باشد، در مقوله درمان قرار می‌گیرد؛ اما در صورتی که بتوان با استفاده از یک لنز تماسی، دید فرد را در حد یک میکروسکوپ یا یک دوربین با قدرت تشخیص چند کیلومتری افزایش داد، این امر در قلمرو فناوری تقویت توانایی‌های انسان قرار می‌گیرد (غفاری و رفعتی، ۱۳۸۹: ۲۳۸). اگر این افزایش فوق طبیعی قدرت بینایی توسط مهندسی ژنتیک و با جایگزینی ژن‌های طبیعی در یک فرد با ژن‌های دیگر حاصل شود، این عمل در قلمرو فناوری ارتقای ژنتیکی نیروهای انسانی محسوب می‌شود.

البته، این یک واقعیت است که همیشه امکان تشخیص میان درمان و ارتقا وجود ندارد. شکل‌های متعددی از اقدامات ژنتیکی وجود دارد که نه تنها جنبه ارتقایی دارند، بلکه تا حدودی دارای جنبه درمانی هم هستند. برای مثال، متخصصان معتقدند امکان افزایش قد در یک دختر جوان می‌تواند

باعث افزایش اعتمادبه‌نفس او شود. ازاین‌رو، می‌توان به این موضوع غیر از دید ارتقایی با دید درمان روحی - روانی هم توجه کرد. در چنین مواردی، تعیین مرز میان درمان و ارتقا بسیار مبهم است و تمایز میان آنها ممکن است سخت باشد (بریانت و باگوت لاوله و سرل، ۱۳۸۸: ۱۴۵ و ۱۴۷).

۵-۱. انواع و روش تقویت ژنتیکی توانایی‌های انسان

تقویت یا ایجاد تغییر در ویژگی‌ها و نیروهای انسانی توسط فناوری ژنتیک به دو صورت قابل تصور و انجام است و هرکدام از این صورت‌ها، روش عمل متفاوتی دارند.

صورت اول، ارتقای ژنتیکی نیروهای انسانی توسط انتخاب ژنتیکی رویان دارای ویژگی‌های منطبق باسلیقه و تشخیص والدین و مسئولین است: با پیشرفت فناوری‌های ژنتیک، روش‌هایی ابداع گردید که توان تکثیر مقادیر کمی از دی. ان. ای. را فراهم می‌آوردند. امروزه با کمک این روش‌ها می‌توان آزمون‌های ژنتیکی را روی دی. ان. ای. یک تک‌سلول انجام داد. این روش مبنای توسعه آزمون‌های ژنتیکی برای رویان‌های بسیار اولیه‌ای است که با لقاح خارج رحمی^{۱۲} تولید شده‌اند، روشی که به تشخیص ژنتیکی پیش از لانه‌گزینی^{۱۳} معروف است.^{۱۴} در این روش، یکی از سلول‌های رویان در مرحله هشت سلولی برداشته شده و این آزمون برای تکثیر دی. ان. ای. آن سلول انجام می‌گیرد. انجام این روش، هم‌اکنون امکان انتخاب یا رد ژنوتیپ‌های خاص (باهدف درمانی و غیردرمانی) را فراهم کرده است. بدین ترتیب که در این روش، چندین رویان تولید می‌شود، سپس همه آنها در آزمایشگاه در مرحله هشت سلولی از نظر ژنتیکی مورد آزمون قرار می‌گیرند و بدین ترتیب صفات ژنتیکی آنها روشن می‌شود. در چنین صورتی این امکان برای والدین و یا حتی مسئولین فراهم می‌شود که رویان‌ها را بر اساس صفات و ویژگی‌های ژنتیکی دلخواه خود انتخاب کنند. این حالت به دلیل امکان انتخاب یا رد ژنوتیپ‌های خاص، یکی از صورت‌های ارتقای ژنتیکی شمرده می‌شود (بریانت و باگوت لاوله و سرل، ۱۳۸۸: ۱۳۱ و ۱۴۳). روشن است که در این روش امکان ارتقای ویژگی‌های انسان به میزان بالاتر از توانایی‌های یک فرد طبیعی انسانی وجود ندارد.

صورت دوم، ارتقای ژنتیکی نیروهای انسانی توسط نوترکیبی ژنتیکی است: در این روش، ماده اضافی ژنتیکی به صورت تصادفی یا باهدف قرار دادن ویژه یک ژن خاص برای تقویت و یا ایجاد تغییر در یک خصوصیت ژنتیکی وارد بدن فرد می‌شود. این نوع ایجاد تغییرات ژنتیکی

ممکن است با جانشینی یک ژن توسط ژن دیگر به‌طور فیزیکی صورت پذیرد یا ممکن است دربرگیرنده ماده‌ای باشد که مستقیماً فرآورده ژن هدف را رمزگذاری می‌کند یا بر تنظیم ژن‌های موجود اثر می‌گذارد. برای مثال، تولید پروتئین‌های به خصوصی را در بدن تقویت می‌کند. همچنین این تغییرات، ممکن است در سلول‌های بدنی^{۱۵} شخص صورت گیرد که در نتیجه آن، فقط چند سلول خاص تأثیر می‌پذیرند یا در سلول‌های زایشی^{۱۶} انجام شود که منجر به ایجاد تغییر ژنتیکی در بافت تولیدمثلی فرد شده و این تغییر در ژن، از نسلی به نسل دیگر منتقل می‌شود (دیری، ۱۳۷۷: ۸۹-۸۸؛ هیل، ۱۳۸۶: ۲۷۸). با استفاده از این روش امکان افزایش توانایی‌های انسان حتی بیش از آنچه در یک انسان طبیعی مشاهده می‌شود، وجود دارد.

۶-۱. دیدگاه‌های موجود در زمینه منع یا جواز ارتقای ژنتیکی نیروهای انسان

بر اساس آنچه تاکنون گفته شد، دیدگاه‌های متفاوتی از سوی دانشمندان جهان در مورد منع یا جواز ارتقای ژنتیکی نیروهای انسان، به شرح زیر مطرح شده است (Savulescu, 2009: 221).

دیدگاه اول، جواز مطلق هرگونه عمل در راستای ارتقای ژنتیکی نیروهای انسانی است: موافقان این نظریه، نه تنها ارتقای ژنتیکی نیروهای انسانی را غیراخلاقی ندانسته و مثبت ارزیابی می‌کنند، بلکه خواستار قانونی شدن و حمایت قانون از آن هستند.

دیدگاه دوم، جواز محدودیت ارتقای ژنتیکی نیروهای انسانی است: معتقدان به این نظریه هرچند ارتقای ژنتیکی نیروهای انسانی را غیراخلاقی نمی‌دانند، ولی معتقدند قانون باید دسترسی به آن را محدود کند و امکان آزادی انتخاب یا عدم پذیرش آن را برای افراد فراهم آورد.

دیدگاه سوم، عدم ممنوعیت قانونی در عین بر حذر داشتن افراد از این عمل است: عده‌ای در عین غیراخلاقی دانستن هرگونه ارتقای ژنتیکی نیروهای انسانی، در عین حال، به دلیل اصول لیبرالیستی که مورد پذیرش آنهاست، ممنوعیت قانونی آن را رد می‌کنند، ولی معتقدند باید به طرق دیگر و با به کار گرفتن ابزارهای علمی، تشویقی و حتی مالیاتی مردم را از به کارگیری فناوری ارتقای ژنتیکی نیروهای انسانی بر حذر داشت.

دیدگاه چهارم، ممنوعیت و عدم جواز به کارگیری فناوری ارتقای ژنتیکی نیروهای انسانی است: عده زیادی از دانشمندان معتقدند ارتقای ژنتیکی نیروهای انسان توسط دست‌ورزی‌های ژنتیکی، اسلحه‌ای بالقوه است که از یک مهندس ژنتیک غیرمتعهد، یک بیوتروریست بالقوه

می‌سازد (Savulescu, 2009: 219). به همین دلیل، این گروه با غیراخلاقی دانستن هرگونه به‌کارگیری فناوری ژنتیک در زمینه ارتقای ژنتیکی نیروهای انسانی، اصرار به ممنوع کردن آن توسط قانون دارند. هم‌چنین این دانشمندان به‌طور مفصل به بیان نگرانی‌های خود و مفسده‌ها و مسائل اخلاقی مترتب بر این عمل پرداخته‌اند.

بر همین اساس، قانون بریتانیا دست‌ورزی ژنتیکی رویان‌های مورد استفاده در حاملگی را در قانون (HFE) ممنوع کرده است و در این کشور هرگونه تلاش برای انجام حاملگی با یک جنین تغییر یافته دست‌ورزی شده حتی اگر باهدف حذف بیماری ژنتیکی صورت گرفته باشد، ممنوع است. در نتیجه، بعید است که اجازه انجام ارتقای ژنتیکی سلول‌های زایشی یا انتخاب ژنتیکی رویان قبل از کاشت با اهداف غیرپزشکی را نیز صادر کنند (بریان و باگوت لاوله و سرل، ۱۳۸۸: ۱۴۲ و ۱۴۵).

در امریکا، برای کنترل چنین فعالیت‌هایی هیچ دستگاه ملی‌ای وجود ندارد. بنابراین، چند نظریه‌پرداز امریکایی بیان کرده‌اند که قبل از هر چیزی برای شروع فعالیت در زمینه ارتقای ژنتیکی در امریکا، تنها مسأله زمان و پول مطرح است. باوجود این شرایط، این احتمال وجود دارد که فشار تجاری در امریکا به تلاش در زمینه ارتقای ژنتیکی منجر شود (بریان و باگوت لاوله و سرل، ۱۳۸۸: ۱۴۶ و ۱۴۷).

با توجه به آنچه بیان شد، این مقاله برای دستیابی به حکم روشن و صحیحی در مورد ارتقای ژنتیکی نیروهای انسانی از منظر اخلاقی ناگزیر است در ادامه، مصالح و مفاسد هر کدام از انواع تقویت ژنتیکی توانایی‌های انسان؛ یعنی ارتقای ژنتیکی نیروهای انسانی توسط انتخاب ژنتیکی رویان و ارتقای ژنتیکی نیروهای انسانی توسط نوترکیبی ژنتیکی را به‌طور مجزا بررسی کند.

۲. مصالح و مفاسد تقویت ژنتیکی توانایی‌های انسان

همان‌طور که پیش‌ازین بیان شد، ایجاد تغییر یا تقویت ویژگی‌ها و نیروهای انسان توسط فناوری ژنتیک نه تنها به دو شیوه متفاوت امکان‌پذیر است، بلکه حداکثر میزان افزایش نیرو در هر کدام از این روش‌ها نیز تفاوت می‌کند. بر اساس همین تفاوت‌ها، مصالح و مفاسد مترتب بر هر کدام از این روش‌ها نیز با روش دیگر تا حدودی متفاوت خواهد بود. بنابراین، مصالح و مفاسد در هر شیوه را به‌طور جداگانه بررسی خواهیم نمود.

۱-۲. مصاد و مفاصد تقویت ژنتیکی توانایی‌های انسان توسط انتخاب ژنتیکی

رویان

مصاد و مفاصد مترتب بر تقویت ژنتیکی توانایی‌های انسان توسط انتخاب رویان منطبق با سلیقه و تشخیص والدین و مسئولین و دانشمندان به شرح زیر می‌باشد:

۱-۱-۲. مصاد انتخاب ژنتیکی رویان باهدف تقویت ژنتیکی توانایی‌های انسان

موافقان انتخاب ژنتیکی رویان، مصاد مترتب بر آن را چنین ابراز داشته‌اند:

ایجاد افراد سالم و توانمند و عاری از بیماری‌های ژنتیکی: همان‌طور که می‌دانیم با انجام آزمایش‌های تشخیص ژنتیکی پیش از لانه‌گزینی^{۱۷} بر روی رویان می‌توان تمام اطلاعات ژنتیکی آن، اعم از جنسیت، رنگ پوست، وضعیت قد و جثه، رنگ چشم، ابتلا به بیماری‌های ژنتیکی و وضعیت سلامت جنین را در آینده روشن نمود (آهنی و دیگران، ۱۳۸۹: ۱۲۹). از مهم‌ترین نکات مثبتی که موافقان انتخاب ژنتیکی رویان برای این عمل مطرح می‌کنند این است که با فراهم کردن امکان انتخاب رویان‌هایی که از نظر ژنتیکی در وضعیت بهتر و سلامتی کامل قرار دارند، در نهایت آنچه به دست خواهد آمد، هدایت نسل انسانی به سمت ایجاد افرادی توانمندتر، سالم‌تر و عاری از هرگونه بیماری ژنتیکی خواهد بود.

تربیت کودک از طریق انتخاب ژنتیکی رویان: آنگونه که از دانش و فناوری ژنتیک برمی‌آید، امکان به دست آوردن اطلاعاتی مانند وضعیت رفتاری فرد، استعدادها و حتی هوش او توسط آزمایش‌های پیش از لانه‌گزینی امکان‌پذیر خواهد بود (آهنی و دیگران، ۱۳۸۹: ۱۲۹). بنابراین امکان انتخاب ژنتیکی رویانی که از نظر هوشی برتر، از نظر فیزیکی قوی‌تر و از نظر استعداد کامل باشد، وجود دارد.

هم‌اکنون ما به‌طور معمول درصدد انجام این تقویت‌ها و ارتقای نیروهای خود و فرزندانمان در بسیاری از امور هستیم (Cohen & Walters, 2003: 59). در نتیجه، تقویت توانایی در کودکان از طریق انتخاب ژنتیکی رویان هیچ تفاوتی با اینکه والدین از طریق تحصیل خصوصی درصدد ارتقای سطح هوشی فرزندانمان باشند و یا با فراهم کردن امکانات تمرینی مداوم، آنها را به‌سوی ورزش حرفه‌ای هدایت کنند و یا اینکه با آموزش گام‌به‌گام موسیقی، استعداد موسیقی کودک خود را افزایش دهند، ندارد (Holland, 2003: 177, 180-181). از نظر جان هاریس،^{۱۸} فیلسوف

انگلیسی، همه این فعالیت‌ها، بیانگر آرزوهای والدین برای زندگی بهتر فرزندانشان است و هیچ تفاوت اخلاقی بین ارتقای ژنتیکی یک رویان و آموزش گام به گام وجود ندارد (بریان و باگوت لاوله و سرل، ۱۳۸۸: ۱۴۴). بنابراین، اگر معتقدیم که تقویت توانایی‌های انسان با تحصیل و آموزش، صحیح است باید بپذیریم که از طریق انتخاب ژنتیکی رویان نیز صحیح می‌باشد (Savulescu, 2009: 224).

البته برخی محققین در ردّ این نظریه و تفکر، به بیان تفاوت‌هایی در این دو مورد و اشکالات انتخاب ژنتیکی رویان پرداخته‌اند. ازجمله بیان شده است که تقویت‌های عادی (غیر ژنتیکی) از طرف فرزندان قابل ردّ بوده و حتی قابل بازگشت می‌باشد، درحالی که می‌دانیم با انتخاب رویان توسط والدین، انتخاب فرزندان در این زمینه محدود خواهد شد (Cohen & Walters, 2003: 60). هم‌چنین یکی از مشکلات تربیت به اصطلاح ژنتیکی توسط انتخاب ژنتیکی رویان، آلام کسانی است که چنین امکانی برای آنان به وجود نیامده است و برای مثال، دارای ضریب هوشی عادی (متوسط) هستند (Holland, 2003: 182-183). بر این اساس، شاید، بار دیگر بازی اصلاح نژادی یا ارزش‌گذاری در جامعه نیز به این مشکلات افزوده شود (فوکویاما، ۱۳۸۳: ۱۲۲). نکته دیگر اینکه اگر برای مثال همه افراد از نظر ژنتیکی استعداد موسیقی داشته باشند دیگر هیچ مزیت و حسنی در اینکه کسی موزیسین شود وجود ندارد (Holland, 2003: 183).

نهایتاً باید گفت با انتخاب ژنتیکی رویان، تنوع ژنتیکی نسل‌های آینده را محدود کرده‌ایم، درحالی که شاید ژن‌هایی که اجازه انتقال آنها را به نسل‌های آینده نداده‌ایم برای آنها سودمند باشد (Savulescu, 2009: 223).

رضایت والدین: جان هاریس، فیلسوف انگلیسی، معتقد است، همان‌طور که اگر والدین در مورد خصوصیات و ویژگی‌های کودک آینده خود مانند سلامت، رنگ چشم، جنس مو و زیبایی آرزوهایی داشته باشند و خواستار تحقق چنین آرزویی از طرف خدا باشند، این آرزو و خواسته آنان را اشتباه نمی‌دانیم، پس چرا باید برآوردن آرزوی والدین، با این روش را اشتباه تلقی کنیم؟! ما باید بپذیریم اگر بتوان باعث شد کودکی متولد شود که دارای صفاتی باشد که توانایی‌های بیش‌تری در زندگی و اجتماع به او می‌دهد، در این صورت، نه تنها والدین او احساس رضایت کامل از داشتن چنین فرزندی خواهند داشت، بلکه کودک نیز مقبول‌تر خواهد بود (بریان و باگوت لاوله و سرل، ۱۳۸۸: ۱۴۴).

با این حال، عده‌ای موافق این نظریه نیستند، معمولاً والدین با تمام آرزوهای خود، هر آنچه به دنیا می‌آید، با هر ویژگی که دارا باشد، اعم از اینکه پسر یا دختر، باهوش بالا یا متوسط، با چشم مشکمی یا قهوه‌ای، و ... باشد، او را می‌پذیرند و دوست دارند (بریانت و باگوت لاوله و سرل، ۱۳۸۸: ۱۴۴). والدین بدون توجه به خصوصیات فرزند به وجود آمده، از همان ابتدا تمام تلاش خود را برای فراهم کردن بهترین امکانات برای دستیابی فرزندانشان به فرصت‌های بهتر در زندگی مبذول داشته و تمام این اعمال را برای این انجام می‌دهند که فرزندانشان انسان‌های بهتری باشند (Savulescu, 2009: 223). به همین دلیل، برخی معتقدند تا قبل از به دنیا آمدن نوزاد، نباید والدین طفل را از اطلاعات به دست آمده از برخی آزمایش‌های ژنتیکی هم مطلع کرد، چراکه در صورت منطبق نبودن این خصوصیات با ذوق و سلیقه والدین، ممکن است جنین در معرض خطر سقط قرار گیرد، درحالی که پس از به دنیا آمدن کودک، والدین او را قطعاً دوست خواهند داشت (آهنی و دیگران، ۱۳۸۹: ۱۲۹).

سود اقتصادی: اگر بار دیگر به نظریه هاریس برگردیم که عقیده داشت خرید ارتقای ژنتیکی توسط انتخاب ژنتیکی رویان تفاوتی با خرید مزایای آموزشی یا کلاس‌های خصوصی ندارد، به این نتیجه می‌رسیم که اقتصاد و کسب درآمدهای مالی از فراهم شدن بستر انجام این عمل، یک عامل محرک است (بریانت و باگوت لاوله و سرل، ۱۳۸۸: ۱۴۶). بدین ترتیب، سود اقتصادی بالایی نصیب دارندگان چنین فناوری‌هایی خواهد شد و در جهان سرمایه‌داری امروز، این موضوع به عنوان یکی از مزیت‌ها و مصلحت‌های تقویت ژنتیکی نیروهای انسانی شمرده خواهد شد. علاوه بر اینکه با به وجود آمدن انسان‌های ارتقا یافته، سود مضاعفی نیز از نیروی کار و سلامت ژنتیکی تضمین شده این افراد، عاید اجتماع سرمایه‌داری خواهد شد. بنابراین، باید توجه کرد که موافقت با خلق یک «نوزاد طراحی شده ژنتیکی» می‌تواند به جنبه‌های مالی وابسته باشد (بریانت و باگوت لاوله و سرل، ۱۳۸۸: ۱۴۷).

۲-۱-۲. مفاسد انتخاب ژنتیکی رویان باهدف تقویت ژنتیکی توانایی‌های انسان

مخالفان انتخاب ژنتیکی رویان، مفاسد مترتب بر آن را چنین ابراز داشته‌اند:

کودک، به منزله کالا: بسیاری معتقدند با استفاده از این روش برای تقویت نیروهای کودکان، در حقیقت با کودک همانند یک کالا برخورد می‌شود و کودکان همانند کالاهایی انگاشته می‌شوند

که بر آورنده آرزوی والدین خود هستند (بریانت و باگوت لاوله و سرل، ۱۳۸۸: ۱۴۵ و ۱۴۷). این موضوع به یک سوپر مارکت تشبیه شده است که والدین در آن انتخاب می‌کنند که فرزندشان دارای چه ویژگی‌ها و صفاتی باشد و حتی ممکن است مُد، در این انتخاب تأثیرگذار شود (Beauchamp & Walters, 2003: 541)؛ حال آنکه این عمل با هیچ کدام از اصول اخلاقی پذیرفته شده همخوانی ندارد. اصول اخلاقی که استفاده ابزاری از انسان را ممنوع کرده و توصیه می‌کنند با دیگران به گونه‌ای رفتار کنیم که دوست داریم با ما رفتار شود.

کاهش تنوع انسانی: حفظ تعادل در تنوع طبیعی موجود در انسان‌ها یک ارزش خاص است که دارای فواید متعددی از جمله تطبیق با آب‌وهوای مناطق مختلف زمین، آمادگی برای فعالیت‌های مختلف اجتماعی و غیره می‌باشد. درحالی‌که با انتخاب ژنتیکی رویان برای ارتقای ژنتیکی، قطعاً موجبات این کاهش تنوع را فراهم خواهیم نمود.

(Beauchamp & Walters, 2003: 541; Savulescu, 2009: 226).

این دغدغه وجود دارد که این مداخله‌ها تنوع بی‌نهایت فعلی در میان انسان‌ها را به تدریج از بین ببرد و در نتیجه، افراد نسل آینده شبیه به هم شوند و از تنوع موجود بی‌بهره بمانند (غفاری و رفعتی، ۱۳۸۹: ۲۴۵). هم‌چنین ممکن است کاهش تنوع ژنتیکی در انسان، موجب از بین رفتن انعطاف انواع در مقابل تغییرات محیطی شده و به انقراض انسان منجر گردد (خداپرست و حجتی، ۱۳۸۹: ۱۱۳). حتی قرآن کریم نیز این تنوع گونه انسانی را برای تأمین هدفی معرفی می‌کند که نشان‌دهنده ارزش و اهمیت این موضوع است: «ای مردم! ما شما را از یک مرد و زن آفریدیم و شما را تیره‌ها و قبیله‌ها قرار دادیم تا یکدیگر را بشناسید...»^{۱۹}.

در حقیقت این تنوع طبیعی، محصول تحول تدریجی انسان در مسیر تکامل است که برنامه‌های ارتقای ژنتیکی این مسیر تکاملی را از مسیر خود منحرف خواهد کرد. البته برخی معتقدند با به‌کارگیری روش‌های ارتقای ژنتیکی می‌توانیم با انتخاب کودکانی که شانس بیشتری برای تولیدمثل، زندگی سالم و عاری از بیماری داشته باشند، در همان مسیر تکاملی انسان، یک تحول منطقی را برنامه‌ریزی کنیم (Savulescu, 2009: 226). هم‌چنین در بحث ارتقای ژنتیکی توسط دست‌ورزی‌های ژنتیکی، این امکان وجود دارد که با نو ترکیبی ژن‌ها، انتخاب ویژگی‌ها و صفات جدیدی در دسترس قرار گیرد که این امر نگرانی در مورد کاهش تنوع انسانی را تا حدودی کاهش خواهد داد (Beauchamp & Walters, 2003: 541).

نادیده گرفتن حق آزادی نسل آینده: مخالفان تقویت ژنتیکی توانایی‌های انسان، یکی از دغدغه‌های خود را چنین مطرح می‌کنند که این مداخله‌ها آزادی نسل آینده را محدود می‌کند. آنان معتقدند چون این مداخله‌های ژنتیکی بدون رضایت و اجازه نسل بعد انجام شده است (بریانت و باگوت لاوله و سرل، ۱۳۸۸: ۱۴۵)، نه تنها از نظر اخلاقی پذیرفته شده نیست (Cohen & Walters, 2003: 58) بلکه این مسأله حتی می‌تواند منجر به آسیب‌های روانی در نسل آنها شود (غفاری و رفعتی ۱۳۸۹: ۲۴۴). علاوه بر این، نگرانی دیگر این است که به تدریج این مسأله به جایی برسد که ظاهر و شکل و میزان توانایی‌های کودکان نسل‌های آینده صرفاً مطابق باسلیقه والدینشان و یا جامعه شکل گیرد (غفاری و رفعتی، ۱۳۸۹: ۲۴۴؛ بریانت و باگوت لاوله و سرل، ۱۳۸۸: ۱۴۵).

البته پاسخ این مسأله روشن است، زیرا هم‌اکنون نیز در مورد ویژگی‌های ظاهری، ذهنی یا در انتخاب آن آزادی نداشته‌ایم، بلکه مجبور به پذیرش و تطبیق خود با این ویژگی‌ها شده‌ایم. تنها تفاوت در این است که در شرایط فعلی، نسل گذشته، دخالتی در تحمیل این ویژگی‌ها به نسل آینده نداشته است، درحالی‌که این امر با به کارگیری فناوری ژنتیک در تقویت توانایی‌های انسان خدشه‌دار خواهد شد (غفاری و رفعتی، ۱۳۸۹: ۲۴۵). علاوه بر این، در گذشته و امروزه نیز افراد با انتخاب همسر یا با بسیاری از تصمیمات دیگر، روی نسل آینده تأثیر گذارده‌اند درحالی‌که هیچ‌یک از آنها دارای اشکال تلقی نشده است (Cohen & Walters, 2003: 58). هم‌چنین در مورد آسیب روانی این امر بر نسل آینده، هیچ مدرکی در دست نیست که بتواند احساس انسان‌های تغییر یافته را نسبت به خودشان، جامعه و این عمل بیان کند (غفاری و رفعتی، ۱۳۸۹: ۲۴۵).

بی‌عدالتی، نابرابری اجتماعی و تبعیض: از این رو که انتخاب ژنتیکی رویان مستلزم صرف هزینه‌های زیادی است، تنها عده محدودی امکان استفاده از این فناوری را خواهند داشت. در نتیجه، این کار مختص مردم مرفه بوده و در دسترس عموم نخواهد بود (فوکویاما، ۱۳۸۳: ۱۲۱)؛ بنابراین، افراد متمول، در عناصر قدرت، سلامتی، تحصیلات و ... توانا تر می‌شوند و این موضوع نه تنها منجر به نابرابری اجتماعی می‌شود (بریانت و باگوت لاوله و سرل، ۱۳۸۸: ۱۴۶)، بلکه با به وجود آمدن دو طبقه اجتماعی جدید (غفاری و رفعتی، ۱۳۸۹: ۲۴۴) در جامعه، که یک گروه مقاوم‌تر، توانا تر و ... هستند و گروهی دیگر آسیب‌پذیرتر، ضعیف‌تر و ... زمینه ایجاد ارزش گذاری جدید و تبعیض بر اساس ویژگی‌های ژنتیکی را فراهم خواهند کرد (Holland, 2003: 183; Savulescu, 2009: 226) و حتی بار دیگر مسأله اصلاح نژادی این بار تحت موضوع ارتقای

ژنتیکی شروع خواهد شد (فوکویاما، ۱۳۸۳: ۱۲۲).

افراد ارتقا یافته، حقوق و دستمزد بیش‌تری دریافت می‌کنند و از شرایط زندگی بهتری برخوردار می‌شوند و انسان‌های معمولی از حقوق کم‌تر و شرایط زندگی پایین‌تری برخوردار خواهند شد (غفاری و رفعتی، ۱۳۸۹: ۲۴۴). بر این اساس، ممکن است دولت‌ها و حکومت‌ها نیز به این طبقه‌بندی دامن زده و مشغول مهندسی نسل آینده شوند؛ برای مثال، طراحی گروه کارگران، دانشمندان، ورزشکاران و ... (غفاری و رفعتی، ۱۳۸۹: ۲۴۵). هم‌چنین دولت‌های خواهان رفاه مردم، برای بالا بردن توانایی‌های نسل شهروندان خود، وارد این میدان می‌شوند (فوکویاما، ۱۳۸۳: ۱۲۲) و در نتیجه، با بالا رفتن توانایی‌های شهروندان این کشورها، جامعه جهانی نیز این بار به جوامع ارتقا یافته و غیر ارتقا یافته تقسیم‌بندی شده و در نهایت زمینه‌های سروری گروهی بر گروه دیگر، این بار بر اساس فناوری ژنتیک و با استفاده از آن، ایجاد می‌گردد.

موافقان تقویت ژنتیکی توانایی‌های انسان، در تلاش برای پاسخگویی به این مشکل، بحث وجود نابرابری اجتماعی در جامعه کنونی را مطرح کرده و آن را حاصل شرایط اجتماعی می‌دانند. در حال حاضر نیز دانشگاه‌ها و مؤسسات، افراد باهوش‌تر را انتخاب می‌کنند، پولدارها فرزندان‌شان را به مدارس بهتر می‌فرستند و جوامع پیشرفته بر جوامع ضعیف سروری می‌کنند. این عده بر این باورند که به‌جای محدود کردن هرگونه پیشرفت در فناوری، باید مقرراتی وضع شود تا این امکانات در دسترس همگان قرار گیرد (غفاری و رفعتی، ۱۳۸۹: ۲۴۴) و راه‌های سوءاستفاده از آن توسط قانون سد شود. در این صورت نگرانی ایجاد نابرابری اجتماعی و یا شروع مجدد بازی اصلاح نژادی با استفاده از فناوری ارتقای ژنتیکی جایی نخواهد داشت. هم‌چنین این عده از یک منظر دیگر نیز این موضوع را به چالش می‌کشند؛ بدین ترتیب که زندگی فعلی انسان‌ها را بر اساس تصادف توصیف نموده و در نتیجه معتقدند در چنین صورتی با تحمیل مجموعه‌ای از حالات و صفات ناخواسته، به گروهی از انسان‌ها ظلم شده است و برای برقراری عدالت باید از شیوه انتخاب ژنتیکی استفاده کرد (غفاری و رفعتی، ۱۳۸۹: ۲۴۵).

ایجاد اصلاح نژادی: تنها با جلوگیری از تولیدمثل یک نژاد نیست که اصلاح نژاد ژنتیکی یا یوژنیک^{۲۰} به‌وجود می‌آید، بلکه با فراهم آمدن امکان انتخاب ژن رویان توسط والدین یا مسئولین و ارتقای ژنتیکی هم یک نژاد برتر به‌وجود خواهد آمد که تأمین‌کننده همان اهداف اصلاح نژادی است (Coors, 2003: 30). از اینگونه طراحی و اجرای برنامه اصلاح نژادی که طبق انتخاب

فردی شهروندان بوده و به صورت تحمیل حکومتی نمی‌باشد، به «اصلاح نژادی مهربان‌تر» تعبیر شده است (فوکویاما: ۱۳۸۳: ۱۲۸).

بر اساس همین مسأله، همان بحث‌های مربوط به اصلاح نژادی در اینجا نیز مطرح شده است. برای مثال، اینکه چه کسی و با چه معیاری تعیین می‌کند که کدام صفات باید خوب و قابل قبول در نظر گرفته شده و امکان رشد رویان‌های دارای آن صفات فراهم شود و کدام صفات و رویان‌های صاحب آن باید از جامعه حذف شوند؟! (غفاری و رفعتی، ۱۳۸۹: ۲۴۵)

از بین رفتن رویان‌های انسانی متعدد: از این رو که در اجرای این شیوه، رویان‌هایی که با معیارهای والدین و مسئولین منطبق نباشند از بین برده خواهند شد، عده‌ای که برای رویان انسانی تشکیل شده در آزمایشگاه، شخصیت یک انسان کامل را قائلند، هرگونه ردّ این رویان‌ها را که منجر به از بین بردن آنها خواهد شد، غیراخلاقی و غیرانسانی می‌دانند.

۲-۲. مصالح و مفاسد تقویت ژنتیکی توانایی‌های انسان توسط نوترکیبی ژنتیکی

هرچند برخی از مصلحت‌ها و مفسده‌های مطرح شده در زمینه تقویت ژنتیکی توانایی‌های انسان توسط نوترکیبی ژنتیکی با آنچه در مورد انتخاب ژنتیکی رویان باهدف تقویت ژنتیکی توانایی‌های انسان بیان کردیم، مشترک می‌باشد؛ با این حال، به دلیل برخی ویژگی‌های خاص روش نوترکیبی ژنتیکی، برخی مصلحت‌ها و مفسده‌ها، به‌طور ویژه، در مورد تقویت ژنتیکی توانایی‌های انسان توسط نوترکیبی ژنتیکی مطرح شده است که در ذیل به بیان آنها خواهیم پرداخت.

۲-۲-۱. مصالح تقویت ژنتیکی توانایی‌های انسان توسط نوترکیبی ژنتیکی

موافقان ارتقای ژنتیکی توانایی‌های انسان، غیر از آنچه در مورد مصلحت‌های انتخاب ژنتیکی رویان باهدف تقویت ژنتیکی توانایی‌های انسان بیان شده است، در خصوص مصلحت‌های ارتقای ژنتیکی انسان توسط نوترکیبی ژنتیکی موارد زیر را به‌طور ویژه مطرح کرده‌اند.

بهبود شرایط زندگی انسان: موافقان ارتقای ژنتیکی معتقدند به‌وسیله ارتقای ژنتیکی ویژگی‌های فیزیکی و جسمی انسان، شرایط زندگی انسان‌ها بهبود خواهد یافت و بالا بردن سطح کیفی و شرایط زندگی انسان‌ها قطعاً موضوع پسندیده‌ای است (Cohen & Walters, 2003).

59). همان‌طور که هدف ما از توجه به تحصیل، رژیم غذایی و تربیت فرزندانمان، ارتقای سطح کیفی زندگی آنان و فراهم کردن بستری برای به دست آوردن فرصت‌های بیشتر در زندگی است (Savulescu, 2009: 223). ابر انسان بودن، برای به دست آوردن زندگی بهتر، آرزوی همیشگی انسان‌ها بوده است. همچنان که در بسیاری از داستان‌های تخیلی و اسطوره‌ای در گذشته و حال به خلق چنین شخصیت‌هایی پرداخته‌اند. شخصیت‌های شاهنامه فردوسی، الیاد و اُدیسه هومر و یا حتی «مرد عنکبوتی» و برخی قهرمانان فیلم‌های متعدد کنونی، تداعی کننده خلق جامعه‌ای برتر توسط انسان‌هایی است که از توانایی‌هایی بیش از آنچه یک انسان معمولی دارا می‌باشد، برخوردارند.

بی‌نیازی انسان ارتقا یافته از به‌کارگیری ابزارهای متعدد: فرض کنید به‌وسیله فناوری نو ترکیبی ژن‌ها، توانایی سیستم بینایی یا شنوایی و یا امکان انتقال دستورهای انسان به محیط، بسیار فراتر از حد طبیعی، فراهم شود. یا تصور کنید از نظر فیزیکی، حرکت بر روی دیوارهای بلند برای انسان ممکن شود. در چنین صورتی دیگر نیازی به استفاده از دوربین، ذره‌بین، دستگاه‌های شنود از راه دور، نردبان‌های برقی و طناب و قلاب برای صعود از دیواره سنگی یا دیوار بلند نخواهد بود؛ حتی می‌توان وضعیتی را تصور کرد که کنترل وسیله نقلیه، انتقال اطلاعات افراد و ارتباط از طریق ذهنی و بدون نیاز به ابزارهای معمول، ممکن شود. قطعاً با سرعت پیشرفت علم خصوصاً در عرصه ژنتیک و زیست‌شناسی، این موارد واقعیت‌هایی دست‌یافتنی در آینده‌ای نه‌چندان دور خواهند بود (غفاری و رفعتی، ۱۳۸۹: ۲۴۰). براین اساس، انسان ارتقا یافته، بدون نیاز به تهیه و حمل بسیاری از ابزارهای متعددی که در مواقع ضروری، در دسترس نیستند و یا استفاده از آنها خطراتی را در پی دارد، می‌تواند کارکردهای آن ابزار را در وجود خویش تجربه کند. به‌هرحال، این موضوع نیز به‌نوعی به بهبود شرایط زندگی انسان منجر خواهد گردید.

۲-۲-۲. مفاسد تقویت ژنتیکی توانایی‌های انسان توسط نو ترکیبی ژنتیکی

مخالفتان ارتقای ژنتیکی، به موضوعات جدی و متعددی در خصوص مفاسدهای مترتب بر ارتقای ژنتیکی ویژگی‌های فیزیکی و نیروهای انسان توسط نو ترکیبی ژنتیکی پرداخته‌اند. این موارد، علاوه بر برخی مفاسدهای مشترکی است که میان این مسأله و مسأله ارتقای ژنتیکی توسط انتخاب ژنتیکی رویان وجود دارد و پیش‌ازاین مطرح شد. در ذیل به این موارد اشاره خواهیم نمود.

امکان وجود ضرر: تصور می‌شود که خصوصیات انسانی از قبیل هوش، شخصیت، خلاقیت و غیره، تحت تعامل پیچیده‌ای از اثرات تجمعی چندین ژن و محیط باشند. به علاوه، بسیاری از ژن‌ها به طور دقیق تنظیم شده‌اند یا اینکه قسمتی از مسیرهای پیچیده متابولیک هستند و ورود ماده ژنتیکی اضافی ممکن است در بر دارنده آسیب‌های ناشناخته یا پیش‌بینی نشده باشد.

به همین دلیل، با توجه به دانش فعلی ما، ورود اطلاعات ژنتیکی جدید ممکن است منجر به اثرات زیانباری گردد (دبیری، ۱۳۷۷: ۹۰). برای مثال، در برخی آزمایش‌های حیوانات تراریخته،^{۲۱} به خصوص در خوک‌ها، وارد کردن ژن جدید، اغلب حیوان تراریخته را ضعیف و عقیم کرده است (هیل، ۱۳۸۶: ۲۷۹). هم‌چنین افزایش توانایی حافظه در موش‌ها موجب شده تا حساسیتشان نسبت به یک‌سری دردهای خاص افزایش یابد (Savulescu, 2009: 218). این در حالی است که انسان‌ها به طور قابل ملاحظه‌ای از حیوانات پیچیده‌ترند و پیش‌بینی نتایج آزمایش در آنها بسیار دشوار است (هیل، ۱۳۸۶: ۲۷۹). براین اساس، احتمال بسیار بالایی وجود دارد که انسان ارتقا یافته درست همانند حیوان‌های ارتقا یافته دچار انواع بیماری‌ها و ناهنجاری‌ها و حتی پیری زودرس شود (آرامش، ۱۳۸۹: ۵۱). علاوه بر این، امکان چندکاره بودن یک ژن و اینکه در بافت‌ها یا محیط‌های مختلف اثرات متفاوتی بروز دهد و ما به طور کامل آنها را نشناخته باشیم وجود دارد (Savulescu, 2009: 225).

مسئله مهم دیگر استفاده از ویروس‌ها برای انتقال ژن جدید به درون سلول است. جهت انجام اعمال مهندسی ژنتیک و نوترکیبی ژنتیکی در سلول‌های جانوری و انسان، اکثر اوقات از ویروس‌های ناقل استفاده می‌شود. در حقیقت مهندسی ژنتیک با این ویروس‌های ناقل، امکان تغییر ژنوتیپ سلول‌های جانوری را فراهم می‌آورد؛ اما بسیاری از این ویروس‌های ناقل دارای ژن‌هایی هستند که منتج به رشد غیرقابل کنترل سلول دست‌ورزی شده می‌گردند و در نتیجه باعث ایجاد تومور می‌شوند (دبیری، ۱۳۷۷: ۷۶).

علاوه بر این موارد، نباید ضرر روحی و روانی حاصل از ارتقا را نیز نادیده گرفت. ایجاد تغییر در زندگی طبیعی، افزایش قدرت حس و توانایی‌های انسان و از بین رفتن تعادل میان نیروها، آرامش او را مختل خواهد کرد. بنابراین، هر طرحی جهت ارتقای ژنتیکی توانایی‌های انسان توسط نوترکیبی ژنتیکی، زنگ‌های خطر را به صدا درمی‌آورد؛ حتی این امکان وجود دارد که ژن‌هایی که اضافه می‌شوند موجب مرگ یا بیماری و امراض غیرقابل پیش‌بینی شوند (ترو، ۱۳۷۹: ۱۰۹).

باین حال، موافقان ارتقای ژنتیکی نیروهای انسان، تحقیقات کافی و فراوان قبل از مداخلات ژنتیکی را راه حل از بین رفتن چنین ضررهایی می دانند و معتقدند اگر در مورد اثرات زیانبار ارتقای ژنتیکی نگرانیم، می توانیم این کار را تا افزایش بیش تر سطح علمی مان تأخیر بیندازیم. هم چنین این عده تحمل چنین خطراتی را برای رسیدن به سود و منفعت بالاتر منطقی و قابل پذیرش می دانند (Savulescu, 2009: 225).

امکان تغییر واقعیت و ماهیت انسان: برخی از محققان از این نگرانند که ارتقای ژنتیکی توانایی های انسان موجب تغییر در واقعیت و ماهیت انسان ها شود. این عده در توضیح این نگرانی به موارد متعددی اشاره می کنند: اول اینکه ممکن است تغییراتی که در انسان رخ می دهد، آنقدر سریع باشد که انسان از لحاظ روانی قدرت تطابق با آن را نداشته باشد و دچار بحران هویت شود. دوم اینکه کاهش ابتلا به بیماری ها و پایین آمدن میزان مشکلات فیزیکی و روانی که انسان ارتقا یافته به نسبت انسان طبیعی، با آنها روبه رو می شود، موجب از دست رفتن شخصیت انسانی خواهد شد، چراکه تحمل دردهای فیزیکی و روانی جزئی از شخصیت انسان به شمار می روند. سوم اینکه اگر ارتقا در جهت افزایش طول عمر باشد یا شاهد باشیم که انسان ارتقا یافته با توانایی های متعددی که دارد به طول عمر بیش تری دست یافته است، این امر سبب از بین رفتن مفهوم زندگی برای انسان خواهد شد.

در طرف دیگر منازعه، طرفداران مسئله ارتقای ژنتیکی انسان، هیچ کدام از این موارد را موجب تغییر در ماهیت انسان نمی دانند. آنها معتقدند: اولاً، بشر در موارد مشابه توانسته است خود را به خوبی با تغییرات سازگار کند و هرگز غافل گیر نشده است. ثانیاً، اساس شخصیت انسان در سلامتی و شادی اوست و هیچ ارزشی در رنج وجود ندارد. ثالثاً، نه تنها افزایش طول عمر موجب از دست رفتن مفهوم زندگی نمی شود، بلکه عمر طولانی با فراهم کردن فرصت بی نهایت یادگیری سبب پیشرفت جامعه خواهد شد (غفاری و رفعتی، ۱۳۸۹: ۲۴۳).

مغایرت با خواست پروردگار: در یک نظرسنجی که از سوی مؤسسه تایم انجام شده است، ۵۸ درصد از شرکت کنندگان، ایجاد تغییر در ژن های انسان را مخالف با خواست و اراده خداوند دانسته اند (پترز، ۱۳۸۶: ۵۶). مخالفین ارتقای ژنتیکی نیروهای انسان نیز بنابر همین باور برگرفته از دیدگاه مذهبی و دینی، معتقدند ایجاد تغییر در نیروهای انسان، در نهایت به تغییر طبیعت زیستی ما منجر خواهد شد (بریانت و باگوت لاوله و سرل، ۱۳۸۸: ۱۴۳)، درحالی که این امر در اراده خداوند

است و ما نباید نقش خداوند^{۲۲} را در طبیعت بازی کنیم (Beauchamp & Walters, 2003:540; Coady 2009: 155). این عده، در زمینه ایجاد هر نوع تغییر در رویان نیز می‌گویند، کودکان، هدیه‌ای از طرف پروردگارند و ما نباید در طبیعت این هدیه دست‌کاری و دخالت کنیم (Savulescu, 2009: 226).

در پاسخ به چنین تفکری گفته شده، با پذیرش این نظریه، بسیاری از اعمالی که ما امروزه انجام می‌دهیم باید مخالف با خواست و اراده پروردگار تلقی شده و ممنوع گردند. برای مثال، باید معتقد شویم وقتی واکسن می‌زنیم، به درمان سرطان اقدام می‌کنیم، به دنبال کاهش درد زایمان در بانوان هستیم و یا حتی وقتی یک آنتی بیوتیک ساده مصرف می‌کنیم، در حال مبارزه با طبیعت و خواست و اراده خداوندیم؟! قطعاً چنین تصویری صحیح نیست (Savulescu, 2009: 226). ما معتقدیم اگر امروزه می‌توانیم چنین اعمالی را انجام دهیم، اراده و مشیت الهی بر این بوده است که انسان بتواند به وسیله عقل و کسب علم، در مسیر بهبود کیفیت زندگی قدم بردارد.

امکان زیاد سوءاستفاده: نگرانی دیگری که در مورد ارتقای نیروهای انسان توسط نوترکیبی ژنتیکی وجود دارد، امکان بالای سوءاستفاده از آن به عناوین متفاوت است. ایجاد یک نژاد برتر و فراهم شدن بستر نابرابری اجتماعی، تبعیض و ایجاد فاصله عمیق در طبقات اجتماع بر اساس آن، افزایش احتمال اصلاح نژاد و طرح مجدد یوژنیک، و امکان سلطه انسان‌های ارتقا یافته به انسان‌های عادی، از جمله سوءاستفاده‌هایی است که در بحث ارتقای نیروهای انسانی توسط انتخاب ژنتیکی رویان نیز به آنها پرداخته‌ایم. علاوه بر این موارد، امکان سوءاستفاده‌های دیگری نیز در این زمینه قابل تصور است. برای مثال، امکان فراهم آوردن ارتشی از انسان‌های ارتقا یافته و در حقیقت استفاده از آنها به عنوان نوعی ابزار جنگی توسط دولت‌های سلطه‌گر و سلطه‌جو، بعید به نظر نمی‌رسد. هم‌چنین با بروز این پدیده، زمینه ظلم و زورگویی‌های فردی و اجتماعی به انسان‌های معمولی و حتی انسان‌های ارتقایافته‌ای که کارکرد ابزاری برای سلطه‌گران دارند، دوجندان خواهد شد.

نادیده گرفتن کرامت ذاتی انسان: بسیاری از پیامدهای منفی ارتقای ژنتیکی نیروهای انسان که به عنوان مفاسد این عمل بیان شده‌اند، موجب می‌شوند تا افراد انسان، همچون یک «شیء» در نظر گرفته شده و مورد ارزیابی قرار گیرند یا همچون «حیوان آزمایشگاهی» با اصرار محققان بر نقص ذاتی آنها، موضوع آزمایش‌های متعدد واقع شوند. نهایت و نتیجه این ارزیابی‌ها و آزمایش‌ها

نیز چیزی جز تبعیض‌های ناروا، سوءاستفاده و اهانت و توهین به ماهیت و وجود طبیعی انسان را به همراه نخواهد داشت (نوبهار، ۱۳۸۳: ۸۰). این امر قطعاً مخدوش‌کننده و مخالف اصل کرامت ذاتی انسان است. اصل کرامت انسان، نه تنها آنگونه که در اسناد بین‌المللی مشهود است، موردپذیرش تمام ملت‌هاست، بلکه با توجه به آموزه‌های دین مبین اسلام و قول پروردگار متعال در آیه معروف به کرامت که در آن می‌فرماید: «ما فرزندان آدم را گرامی داشتیم ... و آنان را بر بسیاری از موجوداتی که خلق کرده‌ایم، برتری بخشیدیم»^{۲۳} هر انسانی از این کرامت برخوردار است و این حالت اولیه، وضع طبیعی و غیرقابل‌زوال هر فرد انسانی است. پیداست که این اصل به لحاظ مفهومی، دارای چنان گستره‌ای است که می‌تواند بسیاری از چنین مداخلات ژنتیکی را محدود نماید (نوبهار، ۱۳۸۳: ۸۸ و ۸۹). هم‌چنین به نظر می‌رسد اساس تحقیقات ارتقای نیروهای انسانی توسط نوترکیبی ژنتیکی، برپرض وجود نقص در ماهیت انسان شکل گرفته که علاوه بر نقض کرامت ذاتی انسان، با تعبیر به کار برده شده در مورد انسان به‌عنوان «اشرف مخلوقات» (فیض کاشانی، ۱۴۲۹: ج ۲، ۳۱) و تعبیر پروردگار قادر حکیم از خود پس از خلق انسان به‌عنوان «احسن الخالقین»^{۲۴} ناسازگار است.

عدم ضرورت و نیاز: ارتقای بسیاری از ژن‌ها در انسان، هیچ تأثیری در بهبود شرایط زندگی ندارند. برای مثال، افزایش قد، پاسخی به هیچ نیاز و ضرورت زندگی انسان نیست. اگر افزایش قد به‌صورت یک مطلوب در اجتماع درآید، همه افراد به دنبال افزایش قد کودکانشان خواهند رفت و هزینه‌های زیادی را در این رابطه خواهند پرداخت، درحالی‌که دست‌آخر هیچ سودی نصیب کسی نخواهد شد (Savulescu, 2009: 229). در حقیقت بسیاری از دست‌کاری‌های ژنتیکی، علی‌رغم هزینه‌های بالا، پاسخی به هیچ سؤال و مشکل اصلی و طبیعی نبوده و در عبارتی صریح و شفاف، بازی با بزرگ‌ترین و جدی‌ترین مظهر حیات محسوب می‌شود (جعفری، بی‌تا: ۱۰۴).

البته در مقابل چنین نظری، موافقان ارتقای ژنتیکی انسان، مثال‌های متعددی در مورد نیروها و توانایی‌هایی در انسان زده‌اند که اگر تقویت شوند، قطعاً شرایط زندگی را سهل‌تر خواهند کرد. برای مثال، این عده از ارتقای سطح هوش و قوه منطق انسان به‌عنوان مهم‌ترین موضوعی که در بالا بردن سطح رفاه و کیفیت زندگی مؤثر است، نام برده‌اند (Savulescu, 2009: 229).

عدم اخذ اجازه از نسل آینده: همان‌طور که در بحث انواع و روش تقویت ژنتیکی توانایی‌های انسان مطرح کردیم، ایجاد تغییر در نیروهای انسان توسط نوترکیبی ژنتیکی به دو

صورت قابل تصور است: صورت اول، تغییر افراد توسط نو ترکیبی ژنتیکی برای تحول ساختار ژنتیکی آنهاست، ولی به روش‌هایی که بر فرزندان آنها تأثیری نداشته باشد. صورت دوم، ایجاد این تغییرات در سلول‌های زایشی، به گونه‌ای که بر فرزندان آنها تأثیر گذاشته و از نسلی به نسل دیگر منتقل می‌شود (هیل، ۱۳۸۶: ۲۷۸). براین اساس، عده‌ای معتقدند، استفاده از روش دوم، به دلیل عدم کسب موافقت از نسل آینده برای ایجاد تغییرات ژنتیکی در آنها، از نظر اخلاقی پذیرفته شده نیست (Cohen & Walters, 2003: 58). پاسخ این مسأله، همان است که در بحث نادیده گرفتن حق آزادی نسل آینده، به عنوان یکی از مفاصد انتخاب ژنتیکی رویان به طور کامل مطرح نمودیم.

در آخر این بحث جالب است بدانیم که علامه جعفری^(ره) در زمان حیاتشان در ذیل اعلامیه جهانی ژنوم انسانی و حقوق بشر با ابراز نگرانی از بروز فاجعه اختلال بشری در صورت عدم توانایی کنترل ژنوم به مفاسدی در این زمینه، از جمله «جریان نژادپرستی و انقراض برخی نژادها»، «نابودی اخلاق والای انسان»، «تضاد با اصول ادیان»، «امراض غیرقابل پیش‌بینی و اختلالات مغزی و روانی»، «فعالیت ویروس‌های مخرب»، «ابهام و نابودی شخصیت» و... اشاره نموده (جعفری، ۱۳۸۱: ۵۲-۴۶) و می‌نویسند:

هرگونه عملیات ژنتیکی برای دگرگونی‌های نقص آور برای موجودیت بشر - چه در جنبه جسمانی و چه در جنبه روانی و اخلاقی آن - نه تنها کوشش و دخالت در امر تکامل نیست، بلکه تلاش برای تنزل دادن آنها است (جعفری: ۱۳۸۱: ۸۹ و ۹۱).

۳. ارتقای ژنتیکی و تقویت نیروهای انسان در منابع فقهی و حقوقی

برای روشن شدن حکم فقهی و حقوقی ارتقای ژنتیکی نیروهای انسان، و برای رسیدن به حکم تکلیفی آن، منابع فقهی و حقوقی را مورد بررسی قرار خواهیم داد. دلایلی که می‌توانند برای رسیدن به حکم تکلیفی ارتقای ژنتیکی نیروهای انسان راهگشا باشند به شرح ذیل هستند:

۳-۱. قرآن

آیاتی که ممکن است ارتقای ژنتیکی نیروهای انسان، مصداقی از آنها فرض شده و دلیلی بر منع آن باشند، به شرح زیر است:

۱-۳- آیه ۱۱۹ سوره نساء «و لا ضلنهم و لا مینهم و ... خسراً مبیناً»

خداوند متعال در آیه ۱۱۹ سوره نساء یا آیه تبتیک می‌فرماید: «[شیطان گفت]: آنان را گمراه می‌کنم، و به آرزوها سرگرم می‌سازم، و به آنان دستور می‌دهم که (اعمال خرافی انجام دهند و) گوش چهارپایان را بشکافند، و آفرینش خدایی را تغییر دهند و هر کس، شیطان را به جای خدا ولی خود برگزیند، زیان آشکاری کرده است».

دلالت آیه بر منع ارتقای ژنتیکی نیروهای انسان: این آیه یکی از دلایلی است که شاید بتوان در منع و عدم جواز ارتقای ژنتیکی نیروهای انسان به آن استناد کرد (علم الهدی، ۱۳۸۷: ۵۱). نحوه استدلال به آیه چنین است که چون تغییر خلقت پروردگار، مورد خواست و امر شیطان است، بنابراین، ایجاد تغییر در مخلوقات خداوند متعال، به طور مطلق، عملی شیطانی و مبعوض پروردگار و حرام است (کاظمی، ۱۳۴۷، ج ۲: ۴۰۲) و ارتقای ژنتیکی نیروهای انسان و ایجاد تغییرات ژنتیکی در او از مصادیق بارز این عمل خواهد بود.

در حقیقت چنین استدلالی بر پایه مفهوم لغوی و ظاهر آیه بنا شده است (پورجوهری، ۱۳۸۳: ۶۹؛ محسنی قندهاری، ۱۴۲۴، ج ۲: ۴۴). برخی نیز مضمون این آیه را منع از هر نوع تغییر در هیأت طبیعی انسان، به طور خاص، دانسته‌اند. این عده معتقدند در این منع تفاوتی میان ایجاد تغییر در ظاهر جسم یا باطن یا ایجاد نقص یا از بین بردن قوای جسمانی نیست و تنها چیزهایی که دلیل صریح بر جوازشان داشته باشیم از این منع استثناء شده‌اند (مؤمن قمی، ۱۴۱۵: ۵۶ و ۵۵).

نقد دلالت آیه: عده زیادی از مفسرین و دانشمندان معتقدند مراد از «تغییر» در این آیه، مطلق مفهوم لغوی آن نیست؛ زیرا در این صورت، اکثر افعال ما تغییر در خلقت خداوند محسوب شده و از محرّمات خواهد بود. برای مثال، تراشیدن مو، آرایش کردن، ختنه، نشانه گذاشتن بر روی حیوانات برای شناسایی آنها و... درحالی که تمام این اعمال به اتفاق علما، جایز و بلاشکال است (محسنی قندهاری، ۱۴۲۴، ج ۲: ۱۷ و ۴۴؛ تسخیری، بی تا: ۶۸). بنابراین، هر تغییری را نمی‌توان با استناد به این آیه حرام دانست. به همین دلیل، مفسران در اینکه مراد از «تغییر در مخلوقات الهی» و ملاک و ضابطه تغییرهای حرام در این آیه شریفه چیست، احتمالات و آرای گوناگونی مطرح نموده‌اند.

عده‌ای معتقدند، نهایت چیزی که از این آیه استفاده می‌شود این است که تغییراتی که ناشی از امر ابلیس لعین باشد، حرام است؛ یعنی اگر احراز شود که تغییر در خلقت خداوند متعال به امر شیطان و اغوای اوست، چنین تغییری حرام خواهد بود (مؤمن قمی، ۱۴۱۵: ۱۶۲؛ تسخیری، بی تا: ۶۹).

اعمال شیطانی و خرافی مبتنی بر تصورات شیطانی و جاهلانه از مصادیق چنین تغییراتی هستند (تسخیری، بی تا: ۶۸). برای مثال، تغییراتی که انسان های جاهل برای تقرب به الهه هایی غیر از خداوند متعال، به خصوص در زمان دخول در معابد و هیاکل انجام می دهند، از جمله این موارد است. این اعمال در حقیقت به دلیل هدف آنکه تقرب به الهه موهومه است، حرام می باشند و در غیر این صورت دلیلی بر حرمت آنها وجود ندارد (مؤمن قمی، ۱۴۱۵: ۵۷). فقره سابق در این آیه شریفه که می فرماید: «وَلَا تُرْتَّبُهُمْ فَلْيَتَّبِعُوا آذَانَ الْإِنْعَامِ» حکایت از همین برداشت از آیه دارد (مؤمن قمی ۱۴۱۵: ۵۷؛ تسخیری، ۱۴۱۵: ۶۸).

احتمال دیگری که مشهور مفسرین در تفسیر آیه داده اند این است که مراد از این تغییر، تغییرات معنوی است. بر این اساس، عده ای از آنان، بر اساس روایتی که در تفسیر مجمع البیان آمده است (طبرسی، ۱۳۷۲: ج ۳، ۱۷۳) منظور از آیه را تغییر در دین خدا دانسته اند (طوسی، بی تا، ج ۳: ۳۳۴؛ محسنی قندهاری، ۱۴۲۴: ج ۲: ۱۷؛ مؤمن قمی، ۱۴۱۵: ۵۷) و برخی دیگر، با استشهاد به آیه ۳۰ سوره روم^{۲۵} و بر اساس روایتی از امام باقر و امام صادق (ع)، تغییر در «خلق الله» را خروج از حکم فطرت و ترک دین حنیف دانسته اند (مکارم شیرازی، ۱۳۷۴: ج ۴: ۱۳۸ و ۱۳۷؛ طباطبایی، ۱۳۷۴: ج ۵: ۱۳۷؛ جواهری، ۱۴۲۳: ۵۷). احتمال دیگری که در معنای این آیه از ابن عطیه مطرح شده این است که مقصود آیه، ایجاد تغییرات مضر در خلقت است و همه تغییرات نافع، مباح می باشند (محسنی قندهاری، ۱۴۲۴: ج ۲: ۴۴)، اما دلیلی برای ارائه چنین تفسیری از آیه وجود ندارد و بنابراین، چنین تفسیری از آیه، تفسیر بالرأی محسوب شده و قابل قبول نیست (محسنی قندهاری، ۱۴۲۴: ج ۲: ۴۴).

هم چنین برخلاف ادعای کسانی که مضمون آیه را ایجاد تغییر در طبیعت انسانی دانسته اند، باید بگوییم، شاهد و دلیلی برای اثبات اینکه آیه اختصاص به انسان داشته باشد، نداریم (مؤمن قمی، ۱۴۱۵: ۱۶۲). نتیجه اینکه، نه تنها نمی توان برای رد هرگونه تغییر طبیعی به این آیه استناد کرد (تسخیری، بی تا: ۶۹)، بلکه این ادعا که این آیه مستند حرمت ایجاد تغییر در جسم انسان است، پذیرفتنی نیست (مؤمن قمی، ۱۴۱۵: ۵۷). به همین دلیل است که برخی فقها از جمله امام خمینی (ره) به جواز تغییر خلقت مرد به زن و زن به مرد، فتوا داده اند (موسوی خمینی، ۱۳۷۸: ج ۲: ۶۲۶)؛ در حالی که قطعاً ایجاد تغییر در جنسیت از ظاهرترین مصادیق تغییر در خلقت خداوند متعال است. در حقیقت، حتی اگر تفاسیر و تأویل هایی را که در مورد آیه بیان شده است نپذیریم، باید قبول کنیم که این آیه کریمه از جمله متشابهات قرآنی است و لذا استدلال به آن جایز نمی باشد (محسنی قندهاری،

۱۴۲۴، ج ۲: ۱۷ و ۴۴). هم چنین در صورت اختلاف و وجود شک در منشأ شیطانی برخی مصادیق تغییر، قطعاً اصل بر براءت و عدم حرمت خواهد بود (مؤمن قمی، ۱۴۱۵: ۱۶۲). بنابراین، ما قائلیم که پیشرفت‌های ما در تمام حوزه‌های علمی و از جمله مسائل مربوط به ژنتیک در چهارچوب عظمت الهی و درواقع استفاده از قوانین طبیعی است که خداوند در طبیعت قرار داده است و بنابراین، حتی می‌توان گفت طبق مشیت الهی است و ممکن نیست این پیشرفت‌ها و هر نوع استفاده از آنها را تحدی با خداوند در خلقت او و یا دخالت و تغییر ممنوع در خلقت او بدانیم (تسخیری، بی‌تا: ۶۰ و ۶۹)؛ بلکه اگر این اعمال به انگیزه‌های شرعی و عقلایی و نه شیطانی، انجام بگیرد، قطعاً مشمول این آیه نخواهد بود (تسخیری، بی‌تا: ۶۸).

۲-۱-۳. آیه ۱۹۵ سوره بقره: «وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ»

در مورد مدلول این آیه در بحث‌های حکم ژن درمانی سلول‌های بدنی با احتمال ضرر و ژن درمانی سلول‌های زایشی صحبت کردیم. به همین دلیل از اطالۀ کلام با تکرار مطالب اجتناب نموده و پیشنهاد دقت مجدد در مباحث طرح شده در گذشته را داریم.

۳-۱-۳. آیه ۶۰ سوره بقره: «وَلَا تَعْتَوُوا فِي الْأَرْضِ مُفْسِدِينَ»

پیش از این در بحث حکم ژن درمانی سلول‌های زایشی در مورد مدلول این آیه و چگونگی دلالت آیه بر منع تصرف در اجزای ژنتیکی انسان، در صورت مترتب بودن مفسد بزرگ غیرقابل اجتناب بر آن، نکاتی بیان کردیم. با توجه به اینکه مفسد مترتب بر ارتقای ژنتیکی بزرگ‌تر و عمیق‌تر و پیش‌بینی مخاطراتی که برای انسان دارد، بسیار جدی‌تر است، برخی استفاده از این روش را از جمله اموری که موجب فساد در زمین بوده و موجبات هلاکت بندگان را فراهم می‌کند، دانسته‌اند و با تمسک به نهی این آیه، ارتقای ژنتیکی نیروهای انسان را تا زمانی که اطمینان به عدم وجود هرگونه ضرر و مفسد در اجرای این شیوه پیدا نکرده‌ایم، حرام می‌دانند (محسنی قندهاری، ۱۴۲۴، ج ۲: ۱۵ و ۱۴؛ قاضی، ۱۴۲۷، ج ۲: ۳۳۱).

۲-۳. عقل

با توجه به مفسد عظیمی که در ایجاد تغییرات ژنتیکی در انسان شمرده شده است، عقل حکم

می‌کند اگر این مفسد قابل رفع می‌باشند، تا اطمینان به برطرف شدن تمام این مفسد باید احتیاط کرده و از اقدام به این عمل ممانعت شود و اگر قابل رفع نباشند، باید برای همیشه به منع آن حکم نمود. با اندکی دقت متوجه می‌شویم تمام استدلال‌هایی که برای منع ارتقای ژنتیکی نیروهای انسان شده است، در نهایت از همین حکم عقل در دفع مفسد مترتب بر این عمل، بهره جسته‌اند.

۳-۳. قواعد و اصول

برای رسیدن به حکم فقهی و حقوقی ارتقای ژنتیکی نیروهای انسان، از اصول عملیه و قواعد فقهی به موارد زیر تمسک شده است:

۱-۳-۳. اصل اباحه، اصل حلیت، اصل برائت

با فرض عدم ترتب مفسد متعدد غیر قابل پیش‌بینی و غیر قابل اجتناب بر ارتقای ژنتیکی نیروهای انسان و عدم ضرر در استفاده از این فناوری، بعد از عدم دستیابی به نص صریحی در بیان حکم ارتقای ژنتیکی نیروهای انسان در ادله لفظی، مقتضای اصول و قواعد، جواز اقدام به این عمل با تمسک به اصولی مانند اصل اباحه و اصل حلیت بوده (قائمی، ۱۴۲۷؛ جواهری، ۱۴۲۳: ۵۵) و حتی در صورت شبهه در تحریم آن، به خاطر فقدان دلیل، اصل برائت (جواهری، ۱۴۲۳: ۵۶) جاری می‌گردد. بنابراین، ایجاد تغییر در صفات وراثتی انسان و ارتقای ژنتیکی نیروهای او، فی‌نفسه و صرف نظر از مفسد و ضررهای آن، ممنوع نبوده و بر اساس اصول و قواعد جایز است (جواهری، ۱۴۲۳: ۵۷).

۲-۳-۳. اصل لا ضرر و اصل احتیاط

یکی از اصول مهم و راهنما در حوزه مطالعات ژنتیکی، اصل «لا ضرر» است (نوبهار، ۱۳۸۳: ۹۰). به دلیل ضررهای بزرگی که هم‌اکنون در ارتقای ژنتیکی نیروهای انسانی پیش‌بینی می‌شود، و با تمسک به اصل لا ضرر که نه تنها اجازه ضرر زدن به دیگران را نمی‌دهد، بلکه ایجاد چنین ضرر بزرگی بر نفس را نیز ممنوع می‌کند. بسیاری از دانشمندان اعتقاد به منع ایجاد تغییر و هرگونه تصرف در اجزای ژنتیکی انسان و ارتقای ژنتیکی نیروهای او دارند (محسنی قندهاری، ۱۴۲۴، ج ۲: ۱۵ و ۱۴؛ جواهری، ۱۴۲۳: ۵۸).

در حقیقت بر مبنای همین ضررهای بزرگی که در اقدام به ارتقای ژنتیکی نیروهای انسان پیش‌بینی می‌شود، برخی حکم به احتیاط کرده‌اند و معتقدند گریزی جز اجرای اصل احتیاط در این امور خطیر تا اطمینان یافتن به عدم ضرر، نیست (محسنی قندهاری، ۱۴۲۴، ج ۲: ۱۴ و ۱۵).

۳-۳-۳. اصل کرامت انسانی

اصل کرامت، از آیه ۷۰ سوره اسراء^{۲۶} و دیگر آموزه‌های دینی استنباط شده است و بر اساس آن هر فرد انسانی موظف به پاسداری از این کرامت ذاتی است. براین اساس، هیچ‌کس نمی‌تواند کرامت ذاتی انسان دیگری را نقض کند و هر کس می‌تواند رعایت کرامت خویش را از دیگران همچون یک حق مطالبه نماید (نوبهار، ۱۳۸۳: ۸۹).

برخی ایجاد تغییرات ژنتیکی در صفات و نیروهای انسان را از بین برنده کرامت انسانی دانسته‌اند.^{۲۷} اما در مقابل، عده‌ای معتقدند فناوری ژنتیک به‌طور کلی و ایجاد تغییرات ژنتیکی در صفات و نیروهای انسان به‌طور خاص، می‌تواند در جهت خدمت به انسان بکار گرفته شده و نه تنها از بین برنده کرامت ذاتی انسان نباشد، بلکه در مواردی مانند اصلاح نقایص ژنتیکی، احیاکننده کرامت طبیعی و حقوق انسان باشند (تسخیری، بی‌تا: ۶۲). به عقیده این عده، آنچه کرامت آدمی را از بین می‌برد، اعمالی مانند خیانت و تباهی است (علم الهدی، ۱۳۸۷: ۵۲).

نتیجه‌گیری و پیشنهادها

۱. به نظر می‌رسد اساس تحقیقات ارتقای نیروهای انسانی، بر فرض وجود نقص در ماهیت انسان شکل گرفته که علاوه بر نقض کرامت ذاتی انسان، با تعبیر به کار برده شده در مورد انسان به‌عنوان «اشرف مخلوقات» و تعبیر پروردگار قادر حکیم از خود پس از خلق انسان به‌عنوان «احسن الخالقین» ناسازگار است. از لحاظ اخلاقی نیز پسندیده نیست که انسان به‌گونه‌ای از مداخله‌های ژنتیکی مربوط به ژنوم انسانی خویش یا انسانی دیگر رضایت دهد که حرمت و کرامت انسانی را مخدوش سازد.

۲. تقویت ژنتیکی توانایی‌های انسان و به وجود آوردن «فرا انسان» یا «ابر انسان» چه از طریق انتخاب ژنتیکی رویان یا نوترکیبی ژنتیکی با توجه به مفاسدی که می‌تواند بر آن مترتب شود، همچون، تصور فرزند به‌عنوان کالای مطابق سلیقه والدین، کاهش تنوع انسانی، بی‌عدالتی و

تبعیض، عدم رعایت کرامت ذاتی انسان، امکان زیاد سوءاستفاده و غیره با هیچ‌یک از اصول اخلاقی پذیرفته شده بشری مطابقت نداشته بلکه مخالف صریح آنهاست.

۳. هرگاه بر اساس توانایی ایجاد تغییر یا تقویت ویژگی‌ها و نیروهای انسان توسط فناوری ژنتیک، اجباری از طرف قدرت‌ها و دولت‌ها برای جایگزین کردن سلول‌های تولیدمثلی، صورت گیرد، این امر می‌تواند در جهت فعالیت‌های اصلاح نژادی تلقی شده و قطعاً مخالف اخلاق، حقوق و آزادی‌های بشری خواهد بود. علاوه بر آن امکان سوءاستفاده دولت‌ها، حکومت‌ها و صاحبان زر و زور از ابر انسان به دست آمده نیز تهدیدی بر صلح جهانی تلقی می‌گردد.

۴. با توجه به مفاسد عظیمی که در ایجاد تغییرات ژنتیکی در انسان شمرده شده است، عقل حکم می‌کند، اگر این مفاسد قابل‌رفع باشند، تا اطمینان به برطرف شدن تمام این مفاسد باید احتیاط کرده و از اقدام به این عمل ممانعت شود و اگر قابل‌رفع نباشند، باید برای همیشه به منع آن حکم نمود. براین اساس، تا زمانی که اطمینان به ایمنی کامل تقویت ژنتیکی نیروهای انسان نداریم و احتمال سوءاستفاده از آن نیز وجود دارد، اقدام به آن از نظر اخلاقی پسندیده نیست.

۵. با عنایت به پیشرفت‌های روزافزون جهانی و ملی در زمینه ژنتیک انسانی، در حال حاضر، دسترسی به فناوری ارتقای ژنتیکی انسان یکی از پیشرفت‌هایی است که تهدید و خطر بزرگی را حداقل در مقابل سلامت، عدالت و کرامت انسانی افراد به وجود آورده است. برای مقابله با این خطر بزرگ، تدوین قوانین شفاف بر اساس اصول اخلاقی، فقهی و حقوقی، برای محدود کردن اقدامات نهادهای اجرایی و جلوگیری از سوءاستفاده بخش خصوصی از فناوری ژنتیک انسانی امری ضروری می‌باشد و باید از این طریق آن را از نظر حقوقی مورد منع قرار داد.

۶. روشن است که اعتقاد به منع ارتقای ژنتیکی نیروهای انسان، به دلیل مفاسد متعدد و ضررهایی است که در اقدام به این عمل پیش‌بینی می‌شود. بنابراین، اگر از این مفاسد جلوگیری شده و با پیشرفت‌های علمی از ضررهای احتمالی پیشگیری شود، ممنوعیت اقدام به این عمل هیچ توجیه شرعی و عقلی نخواهد داشت؛ به خصوص اگر تقویت ژنتیکی توانایی‌های انسان در سطح انتخاب ژنتیکی رویان انجام شده و هدف از آن، تقویت نیروهای کودکان در سطح یک انسان ایده‌آل و نه «فرا انسان» و به هدف بالا بردن ایمنی آنها در مقابل بیماری‌ها و از این قبیل اهداف مشروع باشد. به خلاف آنجا که این تصرفات خوی درندگی و توحش را در انسان زنده کرده و نیروی عقل و اراده انسان را زایل کنند که قطعاً از نظر شرع حرام و ممنوع خواهند بود.

پی‌نوشت‌ها

۱. ترسیم اولین نقشه مفصل مواد سازنده، کلیه زوایای پنهان و آشکار، رموز و ژن‌های موجود در دی.ان.ای. انسان.

2. Genetically Modified Embryo (GME)
3. Human Enhancement Technology (HET)
4. Viagra
5. manipulation

۶. فستنتز، یک رشته اعمال پیچیده است که طی آن ترکیبات ساده دی اکسید کربن و آب به واسطه جذب انرژی خورشیدی، با یکدیگر ترکیب شده و گلوکز (قند) را به وجود می‌آورند (موریسون و بویید، ۱۳۷۲: ۱۳۰۹).

7. IQ
8. transhuman
9. posthuman
10. super human
11. Francis Galton
12. In Vitro Fertilization (IVF)
13. Pre-implantation Genetic Diagnosis (PGD)

۱۴. در این روش تخمک و اسپرم در آزمایشگاه بارور می‌شوند و از این طریق چندین رویان تولید می‌شود. یکی از سلول‌های رویان تشکیل شده، در مرحله هشت سلولی برداشته شده و تکثیر می‌شود و آزمون ژنتیکی روی دی.ان.ای. یا کروموزوم آن سلول انجام می‌گیرد. رویان‌ها انتخاب و به رحم مادر منتقل می‌شوند. این روش به تشخیص ژنتیکی پیش از لانه‌گزینی یا PGD معروف است.

15. Somatic
16. Germ Line
17. PGD
18. John Harris

۱۹. حجرات: ۱۳.

۲۰. برای مطالعه بیش‌تر در این زمینه ر.ک: زهرا سادات میرهاشمی، «طرح اجبار قانونی یا اختیار رضایتمندانه اصلاح نژادی و تولیدمثل انتخابی انسان بر اساس اطلاعات ژنتیکی»، دوفصلنامه فقه و حقوق خانواده (ندای صادق)، سال هجدهم، پاییز و زمستان ۱۳۹۲.

21. Genetically Modified
22. Playing God

۲۳. «وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ... وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا»، (اسراء ۷۰).

۲۴. مؤمنون: ۱۴.

۲۵. «فاقم وجهک للدين حنیفاً فطرة الله التي فطر الناس علیها لا تبدیل لخلق الله ذلك الدين القيم».

۲۶. اسراء: ۷۰، «وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا».

۲۷. در اعلامیه بین‌المللی داده‌های ژنتیک انسانی و اعلامیه جهانی ژنوم انسانی و حقوق بشر نیز بر مخالفت نداشتن تحقیقات و فعالیت‌های ژنتیکی با کرامت انسانی توجه و تأکید شده است. (ر.ک: اعلامیه جهانی ژنوم انسانی و حقوق بشر: مقدمه؛ اعلامیه بین‌المللی داده‌های ژنتیک انسانی: ماده ۲۷).

منابع

- قرآن کریم.
- اعلامیه بین‌المللی داده‌های ژنتیک انسانی.
- اعلامیه جهانی ژنوم انسانی و حقوق بشر.
- آرامش، کیارش. (۱۳۸۹) «شبیه‌سازی انسان از دیدگاه اخلاق: نگرش‌های عرفی و شیعی»، ژنتیک - حقوق، اخلاق، روانشناسی. (مجموعه مقالات)، زیر نظر محمدمهدی آخوندی و دیگران، تهران: پژوهشگاه ابن‌سینا، چاپ اول.
- آهنی، علی و کیومرث سلیمی‌نژاد و علیرضا میلانی‌فر و حمیدرضا خرم خورشید. (۱۳۸۹) «تشخیص ژنتیکی پیش از تولد و پیش از لانه‌گزینی: پیش‌درآمدی بر ملاحظات اخلاقی»، ژنتیک - حقوق، اخلاق، روانشناسی (مجموعه مقالات). زیر نظر محمدمهدی آخوندی و دیگران، تهران: پژوهشگاه ابن‌سینا، چاپ اول.
- بریانت، جان و لیندا باگوت لاوله و جان سرل. (۱۳۸۸) مقدمه‌ای بر اخلاق زیستی، ترجمه حسن رهنما و دیگران، تهران: جهاد دانشگاهی، پژوهشگاه ابن‌سینا، چاپ اول.
- پور جواهری، علی. (۱۳۸۳) پیوند اعضا در آیین فقه، تهران: دانشگاه امام صادق (ع)، چاپ اول.
- پیترز، تد. (۱۳۸۶) بازی در نقش خدا، ترجمه عبدالرضا سالار بهزادی، تهران: نشر نی، چاپ اول.
- ترو، الن. (۱۳۷۹) مهندسی ژنتیک. (فن دستکاری موجودات زنده)، ترجمه محمدحسین صنعتی، محمود خضاب و چکامه عظیم پور، تهران: انتشارات مرکز ملی تحقیقات مهندسی ژنتیک و تکنولوژی زیستی، چاپ اول.

- تسخیری، محمدعلی. (بی تا) «نگاهی به موضوع شبیه سازی انسان به کمک تکنولوژی جدید»، مجله فقه اهل بیت علیهم السلام، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، شماره ۵۲.
- جعفری، غلامرضا. (بی تا) «طرح ژنوم انسان و دیدگاه های استاد علامه جعفری»، سروش اندیشه، سال چهارم، شماره چهاردهم.
- جعفری، محمدتقی. (۱۳۸۱) طرح ژنوم انسانی، تهران: مؤسسه تدوین و نشر آثار علامه جعفری، چاپ اول.
- جکسون، جان اف. (۱۳۸۸) شما و ژنتیک (آموزش همگانی اصول دانش ژنتیک)، ترجمه محمدحسین صنعتی، علی رضا موجودی و سکینه عباسی، تهران: مرکز ملی تحقیقات مهندسی ژنتیک و تکنولوژی زیستی، چاپ اول.
- جواهری، حسن. (۱۴۲۳ق/۲۰۰۲م). خصائص الجینوم البشري: قراءات فقهیه معاصره فی معطیات الطب الحديث، بیروت: الغدير للطباعة والنشر والتوزيع، چاپ اول.
- خداپرست، امیرحسین و غزاله، حجتی. (۱۳۸۹) «گریز از آرمانشهر نقد اخلاقی افلاطون گرایی ژنتیک». ژنتیک - حقوق، اخلاق، روانشناسی (مجموعه مقالات)، زیر نظر محمد مهدی آخوندی و دیگران، تهران: پژوهشگاه ابن سینا، چاپ اول.
- دبیری، حبیب الله. (۱۳۷۷) انقلاب ژنتیک، تهران: مؤسسه فرهنگی و انتشاراتی فن و هنر، چاپ اول.
- طباطبایی، سید محمدحسین. (۱۳۷۴) تفسیر المیزان، ترجمه سید محمدباقر موسوی همدانی، قم: دفتر انتشارات اسلامی جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ پنجم.
- طبرسی، فضل بن حسن. (۱۳۷۲) مجمع البیان فی تفسیر القرآن، تهران: انتشارات ناصر خسرو، چاپ سوم.
- طوسی، محمد بن حسن. (بی تا) التبیان فی تفسیر القرآن، بیروت: دارالاحیاء التراث العربی.
- علم الهدی، سید محمدحسن. (۱۳۸۷) «ژنتیک و فقه». دومین کنگره بین المللی اخلاق پزشکی ایران.
- غفاری، سعید رضا و مریم رفعتی. (۱۳۸۹) «تقویت توانایی های انسانی»، ژنتیک - حقوق، اخلاق، روانشناسی (مجموعه مقالات)، تهران: پژوهشگاه فناوری های نوین علوم زیستی جهاد دانشگاهی - ابن سینا، چاپ اول.
- فوکویاما، فرانسیس. (۱۳۸۳) آینده پسا انسانی ما، ترجمه حبیب الله فقیهی نژاد، تهران: مؤسسه انتشاراتی ایران، چاپ اول.

- فیض کاشانی، محمد محسن. (۱۴۲۹ق.) *رسائل فیض کاشانی*، تصحیح بهراد جعفری، تهران: مدرسه عالی شهید مطهری، چاپ اول.
- قائنی، محمد بن محمد حسین. (۱۴۲۷ق.) *المبسوط فی فقه المسائل المعاصرة- المسائل الطبیة*. قم: مرکز فقه الاثمة الاطهار، چاپ اول.
- کاظمی، جواد. (۱۳۴۷) *مسالك الافهام الى آیات الاحکام*، بی جا، مکتبه المرتضوية لاحیاء الآثار الجعفرية.
- محسنی قندهاری، محمد آصف. (۱۴۲۴ق.) *الفقه والمسائل الطبیة*، قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، چاپ اول.
- مکارم شیرازی، ناصر. (۱۳۷۴) *تفسیر نمونه*، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- موریسون و بوید. (۱۳۷۲) *شیمی آلی*، ترجمه مهدی بکاوی، مجید هروی، محمد رحیمی زاده، بی جا: نشر بنفشه، چاپ اول.
- موسوی خمینی، سید روح الله. (۱۳۷۸) *تحریر الوسیله*، قم: انتشارات دار العلم، چاپ هشتم.
- مؤمن قمی، محمد. (۱۴۱۵ق.) *کلمات سدیة فی مسائل جدیدة*، قم: مؤسسه نشر اسلامی.
- نوبهار، رحیم. (بهمن و اسفند ۱۳۸۳) «اعلامیه بین المللی داده های ژنتیک انسانی: دغدغه ها، رویکردها و سازگاری های آن با دیدگاه های اسلامی»، *نامه مفید*، سال دهم، شماره ۴۶.
- هیل، والتر انسانین. (۱۳۸۶) *مقدمه ای بر مهندسی ژنتیک*، ترجمه صادق ولیان بروجنی و محمد رونقی، اصفهان: انتشارات دانشگاه اصفهان، چاپ اول.
- Beauchamp, Tom L. & Leroy, Walters. (2003) *Contemporary Issues in Bioethics*, Thomson, U.S.A.
- Coady, T. (2009) "Playing God", in J. Savulescu, N. Bostrom (eds.), *Human Enhancement*, Oxford University Press.
- Cohen, Cynthia B. & Leroy, Walters. (2003) "Gene Transfer for Therapy or Enhancement", in David H. Smith, Cynthia B. Cohen (ed.), *A Christian Response To The New Genetics (Religious, Ethical and Social Issues)*, Rowman & Littlefield Publishers, Inc, U.S.A.
- Coors, Marilyn E. (2003) *The Matrix: Charting a Ethics of Inheritable Genetic Modification*, Rowman & Littlefield Publishers, Inc., U.S.A.
- Holland, Stephen. (2003) *Bioethics (A philosophical Introduction)*, Blackwell Publishing Ltd. G.B., First Publish.
- Lartigue C. & J. I., Glass. & et al. (2007) "Genome Transplantation in Bacteria: Changing One Species to Another", *Science* 317.

- Savulescu, Julian. (2009) "Genetic Enhancement", in Helga Kuhse, Peter Singer (ed.), *Companion to Bioethics*, Wiley-Blackwell. Ltd, Second Edition.
- www.thehumanfuture.org/commentaries/annas-genism.html [Annas, G. (2001) "Genism, Racism, and the Prospect of Genetic Genocide"].

بررسی فقهی و حقوقی مالیت و مالکیت داده‌های دیجیتال در فضای سایبری

سید علیرضا فروغی^۱

اسماء حسین زاده سرشکی^۲

چکیده: در این نوشتار ضمن بررسی دقیق مالیت و مالکیت داده‌های دیجیتال، این داده‌ها به سه دسته تقسیم شده‌اند: (۱) داده‌های دیجیتالی که مصداق خارجی برای آنها وجود دارد. در واقع در این دسته فضای سایبری بستری برای اموال فکری مانند نرم‌افزارهای رایانه‌ای است که در قالب داده‌های دیجیتال موجودند. (۲) داده‌های حجیمی که ذاتاً قابل تحقق در خارج هستند اما به دلیل حجم زیاد و زمان‌بر بودن، تاکنون به دلیل مختصات فضای سایبری تنها در این فضا وجود پیدا کرده‌اند. (۳) داده‌هایی مانند دامنه و میزبانی که لوازم فضای سایبری محسوب می‌شوند و معادل خارجی برای آنها وجود ندارد بلکه به فراخور فضای سایبری موجودیت پیدا کرده‌اند. مالیت داده‌های دیجیتال از یک سو با دارا بودن ارزش اقتصادی و از سوی دیگر با رجوع به اقسام مال در فقه و حقوق شناخته می‌شوند. مالکیت نیز به معنای استیلاپذیری و تسلط برای داده‌های دیجیتال به دلیل وجود امتیاز تصرف در آنها (مالیت) قابل پذیرش است.

در این نوشتار با توجه به خصوصیات هر دسته از داده‌های دیجیتال، و ویژگی‌های اموال در فقه و حقوق، هر کدام ذیل یک نظام حقوقی قرار می‌گیرد: دسته اول و دوم داده‌ها به عنوان حقوق معنوی، ذیل نظام اموال فکری و نحوه مالکیت آنها قرار می‌گیرند. لوازم فضای سایبری به عنوان متعلقات زیرساخت آن شامل سخت‌افزارها (عین) می‌شوند و منافع حاصل از آنها و همچنین مالکیت این داده‌ها ذیل نظام اموال مدنی مورد بررسی قرار می‌گیرد.

کلیدواژه‌ها: مالیت، مالکیت، داده دیجیتال، فضای سایبری، حقوق معنوی، منفعت اعیان.

E-mail: nomune24@gmail.com

۱. استادیار دانشگاه شهید مطهری

۲. دانش‌آموخته مقطع کارشناسی ارشد فقه و حقوق خصوصی دانشگاه شهید مطهری

E-mail: ahs312@gmail.com.com

دریافت مقاله: ۱۳۹۷/۸/۲۵ تأیید مقاله: ۱۳۹۷/۱۰/۱۵

مقدمه

باوجود سرعت رشد تکنولوژی در فضای سایبری، این فضا به تمامی جنبه‌های زندگی بشر ورود کرده است، تا آنجا که عده‌ای از اندیشمندان باوجود این فضا، به پارادایم دوجهانی شدن، قائل شده‌اند و جهان مجازی را در موازات جهان واقعی و گاه مسلط بر آن دانسته‌اند. به همین دلیل در تمدن امروز، فضای سایبری بستری مناسب برای تعاملات اجتماعی و اقتصادی قرار گرفته است. به‌عنوان اولین گام برای ورود به فضای سایبری باید ماهیت داده‌های دیجیتال به‌عنوان اجزای تشکیل‌دهنده این فضا شناخته و موضوعات فقهی و حقوقی درگیر با این داده‌ها پاسخ داده شود. بدین منظور در این تحقیق مالیت و مالکیت اقسام مختلف داده‌های دیجیتال مورد مطالعه قرار می‌گیرد. چنان‌که با روشن شدن این بحث می‌توان آثار فقهی و حقوقی مالیت و مالکیت این داده‌ها را در فضای سایبری بررسی کرد. در این تحقیق با ماهیت شناسی دقیق داده‌های دیجیتال به بیان دلایل مالیت و مالکیت آنها، به‌عنوان یکی از چالش‌های موجود در فضای سایبری پرداخته شده است.

۱. تعاریف

۱-۱. مالیت

برای شناخت مفهوم مالیت به روش و ابزار علمی نیاز است. بنابراین به علت آنکه علم اقتصاد بر پایه معنای مال شکل گرفته است، معنای اصطلاحی این واژه در علم اقتصاد بیان می‌شود. سپس معنای آن در علم فقه و علم حقوق به‌عنوان علوم مورد بحث در این نوشتار مطرح می‌شود.

۱-۱-۱. مالیت در علم اقتصاد

در علم اقتصاد درازای مال و مالیت، اصطلاح ارزش مطرح می‌شود. ارزش اقتصادی سنجه‌ای از منفعت ناشی از کالاها یا خدمات فراهم آورده شده از سوی یک عامل اقتصادی است. هر چیزی که نیازی را از شخص برطرف کند ارزش استفاده دارد و از این میان آنچه برای بیش از یک فرد چنین خاصیتی داشته باشد، ارزش مبادله خواهد داشت؛ اما کیفیت این ارزش جدا از اندازه و کمیت آن نیست و در حقیقت این مطلوب نهایی است که ارزش و اندازه آن را در هر شیء تعیین

می‌کند؛ ولی در بحث اقتصادی، هیچ محدودیتی از این نظر نیست که آنچه دارای ارزش است ضرورتاً مادی باشد، موضوعات غیرمادی نیز ممکن است همانند اشیاء مادی دارای ارزش باشند. منتهی تفاوتی ظریف و دقیق در این میان هست و آن اینکه اشیاء مادی وجودشان مستقل و عینی است، درحالی‌که موضوعات غیرمادی که دارای ارزش اقتصادی‌اند، وجودشان منوط به اعتبار قانون است. به نظر برخی از حقوق‌دانان، ارزش موضوعات اخیر، نه تنها در وجود، بلکه در اندازه خود نیز محدودیت قانونی دارند به‌طوری‌که عمر آنها گاه در مهلت قانونی سپری می‌شود و ارزش آنها به سمت صفر میل می‌کند (مانند حق مخترع) و گاه (مانند سرقتی به معنای عام) در طول زمان افزایش پیدا می‌کند (زندی حقیقی، ۱۳۶۸: ۲).

۲-۱-۱. مالیت در علم فقه

در شرع (کتاب و سنت) از مال تعریفی نشده و بدین ترتیب آن را امری عرفی تلقی کرده، تعیین آن را به مردم واگذار نموده و صرفاً احکام آن را از حیث تملک و تصرف بیان داشته است؛ اما فقها برای رفع نیاز در مباحث خود از آن تعریفی ارائه داده، ولی باز از حوزه مفهوم عرفی آن خارج نشده‌اند: مال عبارت است از آنچه مورد رغبت عقلا و تقاضای آنان است و درازای آن بهایی پرداخت می‌کنند (خمینی، ۱۴۱۵، ج ۱: ۲۰).

برخی از فقها نیز معتقدند مال، آن چیزی است که مردم عموماً رغبت دارند که درازای چیز دیگری مالک آن باشند. این مالکیت ذاتی است و حرام نمی‌باشد. در این رغبت، عقلانیت عامه شرط نیست، بدین معنا که رغبت عمومی مورد نظر باشد، بلکه با رغبت فرد هم مال محسوب می‌شود. هم‌چنین ممکن است کثرت باعث شود که ارزش مال به شیءای مانند هوا تعلق نگیرد (حسینی حائری، ۱۴۲۱، ج ۱: ۱۰۷). هم‌چنین با استفاده از مواردی که شیخ انصاری در کتاب مکاسب آورده‌اند نیز می‌توان مال را — خواه فراوان باشد یا نه — به آنچه منفعت محله مقصوده داشته باشد تعبیر کرد (انصاری، ۱۴۱۰، ج ۱، ۲۱۵). این تعبیر همان داشتن ارزش اقتصادی و سودمندی است.

۳-۱-۱. مالیت در علم حقوق

در علم حقوق مالیت را قابلیت تقویم به پول (ماده ۳۴۸ قانون مدنی) تعریف کرده‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ج ۴: ۳۱۶۹). هم‌چنین برای تعریف حقوقی از مال، عناصر آن را ذکر کرده‌اند.

قابلیت اختصاص دادن به شخص، قابلیت نقل و انتقال داشتن، نفع عقلایی و ارزش ذاتی از عناصر این تعریف هستند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ج ۴: ۳۱۲۶).

حقوق دانان در بیان اقسام مال، آن را اعم از عین، منفعت و حق می دانند. با توجه به این تقسیم، «عین» مالی است که در وجود خارجی در عداد اجسام است. هم چنین در حقوق مدنی، نفع اعیان اموال، مانند نفع عین مورد اجاره را «منفعت» گویند. منافع نیز مانند اعیان مال محسوب می شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ج ۴: ۳۵۲۰). منفعت به سود و فایده ای اطلاق می شود که به تدریج از مالی تحصیل می شود و ایجاد آن مانند سکونت در خانه ملازمه با از بین رفتن اصل مال ندارد (عباسی داکانی، ۱۳۸۵، ش ۶۱: ۷۹). سومین قسم از مال نیز «حق» است. حق اعتباری است که به موجب آن امتیازی از طرف شارع (قانون) یا عقلاً برای شخص یا گروه نسبت به شخص یا چیزی قرار داده می شود (فروغی، ۱۳۹۰: ۱۲۰).

علاوه بر تقسیم بندی سنتی که بر مبنای حق مالی و حق غیرمالی در علم حقوق وجود دارد، با پیشرفت تمدن، شاهد قسم سومی از حقوق در جوامع امروزی هستیم که داخل در حقوق عینی نمی باشد، زیرا به طور مستقیم به شیء مادی تعلق نمی گیرد. هم چنین داخل در حقوق دینی نیز نمی باشد، زیرا تکلیف خاصی را بر عهده شخص معین دیگری قرار نمی دهد. درواقع، این حقوق از آثار پیشرفت تمدن، ظرافت قانون گذاری و اجرای عدل و انصاف است که اوضاع و احوال اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی دوران جدید موجب پیدایش آن شده است. این قسم از حقوق را با عنوان حق معنوی می شناسند (زرکلام، ۱۳۸۸: ۸۵).

بنابراین برای مالیت سخن از یک طیف مطرح می شود که از یک قطب کاملاً مادی، مانند زمین شروع می شود و به تدریج با گذر از مواردی مانند برق و خدمات به قطب کاملاً غیرمادی مانند حق مؤلف می رسد که در مورد اخیر صرفاً «انحصاری» که قانون برای پدیدآورنده اثر، در تکثیر و عرضه آن شناخته است، مال محسوب می شود. درواقع، یک سوی این طیف عین قرار می گیرد و سوی دیگر حق معنوی.

۲-۱. مالکیت

مفهوم مالکیت در این تحقیق، رابطه ای است اجتماعی - اعتباری و قراردادی میان اجتماع که بیانگر مشروعیت تصرف مالک در ملک خویش و جلوگیری تصرف دیگران در آن است (امامی،

۱۳۷۷، ج ۱: ۴۲). این مشروعیت در نظام‌های مختلف اجتماعی متفاوت است. مالکیت یک امر فیزیکی عینی نیست که در جهان واقعیت داشته باشد هرچند هیچ ذهنی و صاحب ذهنی در جهان نباشد، بلکه واقعیتی اعتباری است که عموم واقعیت‌های اجتماع را تشکیل می‌دهد، درحالی‌که واقعیت آنها مشروط به اعتبار کنندگان و صاحبان ذهن در جهان است. احکام وضعی و تکلیفی هم از این نوع هستند (فروغی، ۱۳۹۱: ۲۵). مالکیت امر اعتباری مستقل و عقلایی است که هم به اعیان و هم به افعال تعلق می‌گیرد. مالکیت نسبت بین مالک و مملوک است و نیازی به مملوک^۲ علیه ندارد.

۳-۱. داده دیجیتال

واژه «داده» در مفهوم مفرد آن datum و در جمع data می‌باشد، ولی به‌طور رایج داده را هم برای مفرد و هم برای جمع داده‌ها مورد استفاده قرار می‌دهند. داده‌ها حقایقی هستند که یک پدیده را تشریح و توصیف می‌کنند و ویژگی‌هایی از پدیده را انتقال می‌دهند (انصاری و زند، ۱۳۹۵: ۱۱۰). داده‌ها کمیت‌های عددی یا خصیصه‌ای هستند که در نتیجه مشاهده، آزمایش یا محاسبه حاصل شده‌اند. داده به‌خودی‌خود مفهوم دارد، ولی کاربردی برای آن متصور نیست. در قلمرو ذهنی داده‌ها محرک‌های ذهنی هستند که از راه حواس دریافت یا درک می‌شوند.

داده، اطلاعات و دانش مفاهیم نزدیک به هم هستند ولی هر کدام قواعد خاص خود را در ارتباط با مفاهیم دیگر دارد. داده‌ها، جمع‌آوری و تجزیه و تحلیل می‌شوند تا اطلاعات به‌طور مناسبی برای تصمیم‌گیری ساخته شوند. دانش مقدار گسترده‌ای از تجربه برخورد با اطلاعات در مورد یک موضوع است. داده، در حداقل انتزاع است سپس اطلاعات و در بیش‌ترین حالت دانش قرار دارد.

داده‌های دیجیتال در نظریه اطلاعات و سیستم‌های اطلاعاتی به نمایش گسسته اطلاعات با استفاده از ارقام گفته می‌شود. این تعریف در مقابل سیگنال‌های پیوسته‌ای قرار دارد که ماهیت آنها پیوسته است و به آنها داده‌های آنالوگ گفته می‌شود. از آنجا که در سخت‌افزار فضای سایبری از حافظه (RAM) و پردازشگر (CPU) الکترونیکی استفاده شده است که تنها با سیستم دودویی فعالیت می‌کنند، بنابراین همه اطلاعات و برنامه‌ها باید به‌صورت داده‌های دیجیتال در این سیستم ذخیره شوند.

کامپیوتر متشکل از حافظه RAM و پردازشگر CPU الکترونیکی است که صفر و یک‌ها را در خود جای می‌دهند و تنها با سیستم دودویی فعالیت می‌کنند. حافظه، واحد نگهداری صفر و یک‌ها است و به هر خانه آن یک بیت (Bit) گفته می‌شود که بنا بر حجمی که دارد می‌تواند میلیون‌ها صفر و یک را در خود جای دهد. پردازنده نیز شامل یک واحد پردازشی به نام ALU است که از ترکیب گیت‌های منطقی تشکیل شده و شبیه‌ساز عملیات اصلی ریاضی شامل جمع، تفریق، ضرب و تقسیم است. گیت‌هایی که با منطق ریاضی محاسبات را انجام می‌دهند شامل and و or و xor و not هستند. پردازشگر خود دارای واحدهای حافظه‌ای بسیار کم حجمی به نام رجیستر (Register) است که قسمت‌های ۳۲ بیتی از داده‌ها را از حافظه گرفته و برای دسترسی سریع در خود ذخیره می‌کند. سپس محتوای هر دو رجیستر وارد ALU می‌شوند و عملیات پردازشی بر روی آنها انجام می‌گیرد. خروجی این عملیات‌ها نیز دوباره به حافظه فرستاده شده و در آنجا ذخیره می‌شوند. بنابراین همه اطلاعات و برنامه‌ها باید به صورت داده‌های دیجیتال (صفر و یک) در این سیستم بر مبنای منطق ریاضی ذخیره شوند.

داده‌های دیجیتال مقادیر، شخصیت‌ها و یا علامت‌ها را نشان می‌دهد. علامت، عملیاتی توسط یک کامپیوتر است که انجام، ذخیره و ضبط داده‌ها بر روی رسانه‌های ضبط مغناطیسی، نوری و یا مکانیکی و انتقال در قالب سیگنال‌های الکتریکی دیجیتال را بر عهده دارد. برنامه، مجموعه‌ای از داده است که متشکل از یک سری دستورالعمل نرم‌افزار (کد) برای کنترل و بهره‌برداری از یک کامپیوتر و یا دستگاه‌های دیگر است.

اطلاعات دیجیتال نیز مدلی از اطلاعات است که به وسیله سلسله‌ای از صفر و یک‌ها که همان داده‌های دیجیتال هستند، ذخیره می‌شود، به طوری که می‌توان آنها را اصلاح یا جابه‌جا کرد. داده‌های دیجیتال آن چیزی است که کامپیوترها مدیریت آنها را بر عهده دارند و درواقع کاربران معمولی به داده‌ها دسترسی ندارند.

۴-۱. فضای سایبری

فضای سایبری مفهوم محیطی است که در آن ارتباطات از طریق شبکه‌های کامپیوتری رخ می‌دهد. این واژه از سال ۱۹۹۰ و با رشد استفاده از اینترنت، شبکه و ارتباطات دیجیتالی مشهور شد. سایبر در مباحث حقوق به معنای کامپیوتر، مودم، مخابرات و ماهواره با ویژگی شبیه‌سازی و

مجازی‌سازی است. فضای سایبر به‌طور هم‌زمان دارای دو ویژگی ارتباطی و اطلاعاتی است، لذا می‌توان آن را چنین تعریف کرد: فضای سایبر تمامیت الکترونیکی پدید آمده از طریق ارتباط الکترونیکی مجموع وسایل ایجاد، ذخیره، پردازش و انتقال داده‌های الکترونیکی با ویژگی شبیه‌سازی و مجازی‌سازی است و ویژگی و عملکرد عمده فضای سایبری ارتباطات جهانی و انتقال داده است. بنابراین در این قلمرو همه‌چیز از جنس داده است.

در فارسی از واژه فضای مجازی برای این محیط استفاده می‌شود. مجازی به معنای ترتب آثار و احکام امر جسمانی در نظر گرفته می‌شود (معادل کلمه virtual) نه در معنای استعمال لفظ در معنای غیر موضوع له (معادل کلمه metaphorical). در نتیجه، تعریف فضای مجازی عبارت است از «بستری الکترونیکی که در آن آثار و احکام امور جسمانی تحقق می‌یابد».

در این تحقیق از واژه سایبر استفاده شده است به دلیل آنکه سایبری نسبت به مجازی خاص‌تر است و منظور از سایبر، صرفاً فضای تبادلات دیجیتالی و بین رایانه‌هاست که به‌طور معمول از طریق اینترنت رخ می‌دهد. درحالی‌که مجازی در مقابل فیزیکی است و شامل ماهواره‌ها، ذهنی و سایر فضاهای غیر فیزیکی می‌شود که در اینجا محل بحث نیست.

۲. اقسام داده‌های دیجیتال

دسته اول داده‌های دیجیتالی هستند که مصداق خارجی برای آنها وجود دارد. می‌توان گفت در این صورت، فضای سایبری بستری است برای اموال فکری که در قالب داده‌های دیجیتال موجود هستند. درواقع، اموال فکری قابلیت تبدیل به داده‌های دیجیتال را دارند و هنگامی که این اموال به‌صورت داده‌های دیجیتال موجودیت پیدا کردند، حکم مظلوف برای ظرف فضای سایبری پیدا می‌کنند. برای مثال یک کتاب جزء اموال فکری برای نویسنده آن محسوب می‌شود. حال اگر به‌صورت فایل درآمده و بخواهد وارد فضای سایبری شود، باید کتاب تبدیل به داده‌های دیجیتال شده تا در فضای سایبری در دسترس کاربران قرار گیرد.

دسته دوم از داده‌های دیجیتال به دلیل حجم بسیار زیاد، زمان‌بر بودن یا عوامل دیگر قابلیت تحقق در فضای خارج را نداشته‌اند و گرنه ذاتاً امکان وجود در خارج را دارند. ویژگی‌های فضای سایبری مانند سرعت بالا، عدم محدودیت مکان و زمان باعث شده است تا این جنس داده‌ها در فضای سایبری و در قالب داده‌های دیجیتال قابلیت تحقق پیدا کنند. داده‌های حجیم تحلیلی مانند

تحلیل جهت گیری های سیاسی در انتخابات ریاست جمهوری ایران در شبکه های اجتماعی، در این دسته قرار می گیرند. شایان ذکر است که آنچه موجب شد تا این قسم را ذیل دسته اول قرار ندهیم عدم قابلیت تحقق آن تا به امروز در فضای خارج است.

دسته سوم داده هایی هستند که معادل خارجی برای آنها وجود ندارد بلکه به فراخور فضای سایبری موجودیت پیدا کرده اند. درواقع، این داده ها از لوازم فضای سایبری محسوب می شوند. آی پی، دامین، هاست و غیره نمونه هایی از این دسته هستند.

۳. دلایل مالیت داده های دیجیتال

دلایل مالیت داده های دیجیتال در دو بخش مطرح می گردد: ابتدا، بر اساس تعریف مالیت و بنابر نظر کارشناس اقتصادی به عنوان یک منبع معتبر در فقه و حقوق به آن نگاه می شود. سپس، مالیت این داده ها، با توجه به نظام های حقوقی که اقسام داده های دیجیتال در آن قرار می گیرند، بیان می شود.

۳-۱. مالیت داده های دیجیتال به عنوان ارزش اقتصادی

در علم اقتصاد، ارزش هر چیزی را طالب آن و نه عرضه کننده آن تعیین می کند. قیمت، همان ارزش مبادلاتی است که درواقع کم ترین مقداری است که خریدار در بازار برای کالایی می پردازد و ارزش اقتصادی را آن کس که طالب شدید کالا باشد، تعیین می کند. ارزش داده های دیجیتال، یک ارزش ذهنی (سوبجکتیو) است، زیرا ارزش آن را عینیت جامعه تعیین نمی کند. به دلیل آنکه تولید عینی در بازار از داده های دیجیتال وجود ندارد و هیچ دو داده دیجیتالی در بازار عین هم نیست، ذهن جامعه تعیین کننده ارزش داده های دیجیتال است. بنابراین نیاز و تقاضای بازار، ارزش داده های دیجیتال را به عنوان یک ارزش ذهنی تعیین می کند. با توجه به این مطلب، ارزش مبادلاتی داده های دیجیتال همان ارزش اقتصادی آنهاست. در اینجا برای روشن شدن ارزش اقتصادی داده های دیجیتال، نگاهی به جایگاه آن در مبادلات دنیای امروز می اندازیم و نمونه هایی را برای اقسام مختلف این داده ها ذکر می کنیم.

بخشی از اموال فکری، مانند علائم و اسامی تجاری، از لحاظ اقتصادی تحت عنوان سرمایه به عنوان عوامل تولید محسوب می شوند. وقتی شرکتی در طول زمان با خطرپذیری فراوان و

هزینه‌های کلان وارد بازار می‌شود و در رقابت با دیگران، محصولاتی ارائه می‌دهد و روزبه‌روز به حسن شهرت و مشتریان خود می‌افزاید، نام و علامت تجاری آن شرکت و محصولات آن موقعیت ویژه‌ای در بازار پیدا می‌کند. به این ترتیب، نام و علامت تجاری شرکت یادشده ارزش و اعتبار پیدا می‌کند. علائم و اسامی تجاری می‌توانند در بستر فضای سایبری قرار گیرند و به عنوان داده‌های دیجیتال ذخیره شوند. سامانه‌های ثبت این علائم به صورت دیجیتال است و در واقع در بستر فضای سایبری هم مورد معامله قرار می‌گیرند. به عنوان نمونه، آمار منتشره از سوی کمپانی انگلیسی Happier نشان می‌دهد سامسونگ با ۶/۶۴۸ دلار در هر ثانیه رتبه اول کسب درآمد را بین کمپانی‌های دنیای آی. تی. به خود اختصاص داده است. Happier در حالت مقایسه‌ای کمپانی‌های موفق را باهم مورد مقایسه قرار داده است. نتایج بر اساس میزان درآمد هر کمپانی در پایان فصل مالی اعلام شده اخذ شده و اپل با درآمد هر ثانیه ۴/۵۴۰ دلار مقام دوم را در اختیار دارد. کمپانی فاکسکان با درآمد ثانیه‌ای ۳/۸۱۵ دلار، اچ پی با ۳/۴۵۹ دلار، آی. بی. ام. با ۳/۱۶۶ دلار، مایکروسافت با ۲/۳۳۱ دلار، آمازون با ۱/۹۹۶ دلار، گوگل با ۱/۸۷۳ دلار، دل با ۱/۸۶۵ دلار، اینتل با ۱/۶۲۸ دلار، سیسکو با ۱/۵۹۴ دلار، اوراکل با ۱/۰۶۸ دلار و نوکیا با ۹۴۱ دلار، در هر ثانیه، در رده‌های بعدی دنیای آی. تی. جای گرفته‌اند. هم‌چنین فیس بوک با درآمد ثانیه‌ای ۲۳۰ دلار و بلک بری با درآمد ثانیه‌ای ۲۰۵ دلار در رده کم‌ترین‌ها جای گرفته‌اند.

از نمونه‌های تجارت داده‌های دیجیتال که از لوازم فضای سایبری هستند نیز می‌توان به درآمدهای شرکت‌های اجاره آی پی، دامین و هاست اشاره کرد. در جهان، شرکت‌های بزرگی وجود دارد (مانند شرکت‌های Orien و Right). که آی پی‌های هر منطقه جغرافیایی در دست آنها می‌باشد و بنابر درخواست کاربران به مدت معینی به آنها اجاره داده می‌شود. هم‌چنین شرکت‌هایی برای ثبت و اجاره دامین هم وجود دارد (مانند GoDaddy) که برای دامنه دات کام است.

در سیستم ارزش اقتصادی، تمامی انواع داده‌های دیجیتال حضور دارند و به عنوان دارایی نامشهود تأثیر بسزایی بر اقتصاد می‌گذارند. یک وجه از این دارایی نامشهود طراحی، خلق و حفظ برند است. وجه دیگر دارایی نامشهود، حجم بزرگی از اطلاعات افراد است، که نگهداری و استفاده‌های متعدد و کلان از آن می‌شود. عمده دارایی شرکت گوگل همین اطلاعات است و با توجه به اینکه پیش‌بینی در دنیا بسیار مهم است و وابسته به همین اطلاعات است، هر قدر دامنه

این اطلاعات وسیع تر باشد امکان پیش‌بینی بیش‌تر برای شرکت‌های اقتصادی فراهم می‌آورد. بنابراین اگر ما این امر مهم را نادیده بگیریم، بخشی از دارایی‌های خودمان را نادیده گرفته‌ایم. تجارت اطلاعات در دنیا نقش عمده‌ای در تولید ثروت شرکت‌های بزرگ اقتصادی دارد، ولی اگر قواعد کپی‌رایت و نظام مالکیت فکری را در سطح جهانی نپذیریم نقش خود را در این تجارت حذف کرده‌ایم.

۲-۳. مالیت داده‌های دیجیتال در نظام اموال فکری

از میان سه قسم ذکرشده برای داده‌های دیجیتال، دسته اول همان اموال فکری هستند که در بستر فضای سایبری قرار گرفته، ولی ماهیت آنها تغییری نکرده است. بنابراین می‌توان داده‌های دیجیتال از این نوع را مصداق اموال فکری دانست، زیرا خصوصیات ذکرشده برای نظام اموال فکری در این نوع از داده‌ها وجود دارد.

به نظر می‌رسد، دسته دوم نیز که به‌عنوان داده‌های تحلیلی معرفی شدند هم در نظام اموال فکری قرار می‌گیرند، چراکه خصوصیات همان اموال را دارند و تنها فرقی که در تحقق آنها در خارج تا به امروز است. آنچه واضح است مشخصات ذاتی این دو قسم از داده‌های دیجیتال است که با مشخصات ذاتی اموال فکری برابر است.

هر دو دسته فوق در تعاملاتشان مقید به زمان هستند. هم‌چنین، علاوه بر جنبه‌های اقتصادی که در بحث بعد به تفصیل بیان می‌شود، جنبه اخلاقی این داده‌ها نیز مطرح می‌باشد؛ چراکه این داده‌ها حاصل فکر و تلاش افراد است و جزء حقوق معنوی قرار می‌گیرند. برای مثال می‌توان از طراحی یک نرم‌افزار نام برد که برای بازه زمانی معینی، حق مؤلف برای آن به رسمیت شناخته می‌شود و یا تلاشی که فردی برای جمع‌آوری داده‌ها انجام می‌دهد و منجر به وجود داده‌های تحلیلی و یا جریانی از داده‌ها که بر اساس ملاکی مرتب شده‌اند، می‌شود. در این موارد منفعت عمومی و ویژگی استثنایپذیری نیز به‌وضوح دیده می‌شود، چراکه هرگاه انتشار این داده‌ها در فضای سایبر منفعت عمومی را خدشه‌دار کند، جلوی آن گرفته می‌شود. این داده‌ها تخصیص ناپذیر، و هم‌زمان برای همه قابل استفاده است. وجود فضای سایبری به علت سرعت بالای انتشار، بر شدت این ویژگی‌ها افزوده است. می‌توان قسمتی از حقوق یا همه حقوق این داده‌ها، برای مثال حق ذخیره‌سازی فایل‌های داده‌ها و یا ذخیره و نشر آنها، را منتقل کرد.

۳-۳. مالیت داده‌های دیجیتال در نظام اموال سنتی

از میان اقسام داده‌های دیجیتال، لوازم فضای سایبری با توجه به تعریف و خصوصیات آنها در ذیل نظام اموال فکری قرار نمی‌گیرند. این داده‌ها درواقع محصول زیرساخت‌های فضای سایبری، محسوب می‌گردند. زیرساخت فضای سایبری درواقع لوازمی است که برای به وجود آمدن اینترنت به آنها نیاز است. قسمت عمده‌ای از این زیرساخت‌ها، سخت‌افزاری می‌باشند که می‌توان آنها را از اعیان به حساب آورد.

این قسم از داده‌های دیجیتال، مقید به زمان نیستند و تنها جنبه اقتصادی آنها در بازار مورد نظر است که البته به علت سرعت گسترش فضای سایبری این لوازم نیز از اهمیت بالایی در بازار برخوردارند. این نوع از داده‌ها را نمی‌توان به عنوان حق مالی در نظر گرفت، چراکه ویژگی‌های حقوق مالی را دارا نیستند و امتیاز محسوب نمی‌شوند تا در شمار حقوق باشند. درواقع، این قسم از داده‌ها جنبه حقوقی ندارند و صرفاً اقتصادی هستند. هم‌چنین به دلیل ویژگی‌های خاص فضای سایبری عین نیستند، بلکه محصولی از این عین هستند که می‌توان از آنها با عنوان «متعلقات عین» یاد کرد. درنتیجه از حيازت آنها منافع حاصل می‌شود. برای نمونه، آی‌پی، دامین و هاست جزء این دسته از داده‌های دیجیتال محسوب می‌شوند.

زیرساخت‌های فضای سایبری متمرکز نیستند، بلکه از قسمت‌های مختلفی تشکیل شده‌اند و این امر تحلیل آن را دشوار می‌کند. لوازم فضای سایبری متعلقات زیرساخت‌های سخت‌افزاری هستند که در قالب داده‌های دیجیتال در این فضا قرار دارند. درواقع، داده‌های دیجیتال با عنوان آی‌پی، دامین و هاست فضایی را ایجاد می‌کنند که استفاده از آنها منافع زیادی برای بشر در دنیای امروز دارد. با توجه به تحقیقات انجام‌شده برای این قسم از داده‌ها نمی‌توان مختصات حقوقی خاصی در نظر گرفت؛ چراکه خود، عین و منفعت و حق نیستند ولی آنچه در دنیای امروز از این لوازم قابل رویت است، منافع حاصل از آن است. بنابراین، در این پژوهش جنبه منفعتی این قسم از داده‌های دیجیتال مورد توجه قرار می‌گیرد.

۴. دلایل مالکیت داده‌های دیجیتال

دلایل مالکیت برای هر کدام از اقسام داده‌های دیجیتال در چند قسمت به شرح زیر بیان می‌شود.

۴-۱. منشأ مالکیت داده‌های دیجیتال

کار خلاق و مولد که ارزش اقتصادی درست کند منشأ مالکیت است، اما همین مالکیت انسان محدود است، زیرا انسان در هر تولیدی از مواد موجود در طبیعت استفاده می‌کند. علاوه بر تولید دارای ارزش اقتصادی، حيازت هم منشأ مالکیت است. خدمات نیز به‌عنوان سومین منشأ مالکیت به معنای چیزهایی است که عینیت خارجی ندارند و نتیجه آنها عاید دیگران می‌شود. منشأ مالکیت فکری، فکر و اندیشه انسان است، که منجر به یک ایده می‌شود. ایده‌ای دارای ارزش اقتصادی است که قابل حمایت در نظام مالکیت فکری باشد. حيازت نیز در اینجا به‌طریق‌اولی امکان‌پذیر است، زیرا حيازت ملازمت عین با فرد دانسته می‌شود، حال‌آنکه ایده و فکر از فرد جداشدنی نیست. در اولین منشأ ذکر شده، مالیت موجب مالکیت می‌شود و در حالت دوم از باب منفعت و حيازت، مالکیت فکری مطرح می‌شود.

برای به دست آوردن منشأ مالکیت داده‌های دیجیتال با توجه به آنکه منشأ مالکیت، کاری است که ارزش تولید یا خدمت دارد، پس در مالکیت‌های فکری هم منشأ، کار مولد ایده است و در مالکیت داده‌ها هم منشأ، کار مولد داده است. از طرفی هم می‌تواند منشأ مالکیت، حيازت داده‌ها باشد که امروزه به‌صورت امری رایج وجود دارد و دانش پایگاه داده تحلیلی در هوش تجاری به تفصیل جوانب این موضوع را مورد نظر قرار داده است.

به نظر می‌رسد مالکیت داده‌های دیجیتال بر هر سه منشأ تسلط دارد و شامل کار مولد و خلاق و حيازت است. بنابراین، داده‌هایی را که در نتیجه مالیتشان به‌عنوان اموال فکری دارای مالکیت نمی‌شوند می‌توان از باب منفعت و حيازت صاحب مالک دانست.

۴-۲. مالکیت داده‌های دیجیتال در نظام اموال فکری

مالکیت نظام فکری همان مالکیت ماده ۲۹ قانون مدنی است با این تفاوت که حق مالکیت نظام اموال سنتی مقید به زمان نیست، درحالی‌که در مالکیت‌های فکری تمام دارایی‌های فکری در معرض قید زمان قرار دارند. هم‌چنین، حق مالکیت نظام اموال سنتی همیشه چهره اقتصادی دارد درحالی‌که در نظام مالکیت فکری مفهوم اخلاقی حق معنوی همواره وجود دارد و گاهی هم بسیار برجسته می‌شود. اما ایرادی که به‌سختی توجیه می‌شود استیلا ناپذیری مالکیت فکری است. به دلیل آنکه چیزی که در اختیار همه است مالیت ندارد، به‌بیان‌دیگر کم‌یابی از شروط مالیت است. هر چه

کم‌یابی بیش‌تر باشد، مالیت نیز بیش‌تر خواهد بود. درحالی‌که داده و اطلاعات این‌طور نیستند و دسترسی همگانی به آنها وجود دارد.

از یک‌سو، با توجه به‌حق بودن این اموال می‌توان قائل به مالکیت برای آنها شد. درواقع، حق مالکیت است که مال محسوب می‌شود، اما این آن‌چنان در ذات شیء رفته که نمی‌توان آن را تفکیک کرد. همیشه حق مالی است که متصف مالیت می‌شود نه شیء‌ای که موضوع مال است. درواقع، چون مالکیت هست امتیاز تصرف به‌عنوان مالیت را داریم. چیزی موضوع حق مالی قرار می‌گیرد که ارزش مبادلاتی داشته باشد (حسینی حائری، ۱۴۲۱، ج: ۱، ۱۶۵).

از سوی دیگر عده‌ای از حقوق‌دانان معتقدند، قانون‌گذار در این موارد مالیت صوری برای داده‌ها ایجاد می‌کند و می‌گوید هیچ‌کس حق استفاده ندارد و این کم‌یابی صوری موجب می‌شود تا بهره‌برداری در بازار در کنترل صاحب حق قرار گیرد. در این صورت استیلا پذیری که شرط مالکیت است، برای اموال فکری درست خواهد شد.

در این راستا، نظری وجود دارد مبنی بر اینکه باوجودآنکه قانون‌گذار حمایتش از اموال فیزیکی را در قالب استیلا می‌آورد و مالکیت را احراز می‌کند، در اموال فکری باوجود استیلا ناپذیری تصور مالکیت امکان‌پذیر نیست. در پاسخ به این نظر عده‌ای با توجه به آنکه در حقوق اموال سنتی، استیلا گاهی بالاصاله و گاهی بالعرض است، دو دلیل ارائه کرده‌اند تا تصور استیلا‌پذیری در اموال فکری را بیان کنند:

دلیل اول، اجاره مالکیت بر منفعت برای مدت معین است، زیرا موجر مالکیت بر منفعت را منتقل می‌کند. این استیلا چگونه قابل انتقال است باوجودآنکه منفعت استیلا پذیر نیست؟ فقیهان این مسأله را این‌گونه توجیه کرده‌اند که مالکیت منافع منتقل می‌شود، اما در هر قرارداد اجاره‌ای به‌طور ضمنی تعهد می‌شود که عین مستأجره هم بالامانه تحویل داده شود پس لزومی ندارد بر عین استیلا وجود داشته باشد.

دلیل دوم، آن است که اگر کسی مال دیگری را به‌طور غیرقانونی در اختیار بگیرد و عین تلف شود، آیا ضامن منافع هم هست؟ عده‌ای گفته‌اند که منفعت استیلا پذیر نیست پس نباید ضامن باشد، اما در پاسخ فقیهان قائلند همین که بر مال خارجی استیلا پیدا کرد به‌تبع آن بر منفعت هم استیلا دارد درنتیجه هم ضامن عین است و هم ضامن منافع.

با توجه به این دلایل که فقها قائل به استیلا‌پذیری برای منفعت شدند، در مالکیت فکری نیز

اگر فکر بالاصاله و مجرداً مورد نظر قانون گذار باشد، استیلا پذیر نیست اما نگاه قانون گذار به منافع تجاری در بازار است و بازار مکان فیزیکی و استیلا پذیر است. درواقع، به جای اینکه دارایی فکری مورد نظر باشد، بازار محل بحث قرار می گیرد. نکته دیگر آنکه مالکیت فکری حق سلبی است، زیرا استفاده دیگران از اموال فکری دارنده را ممنوع می کند. به این معنا که قانون گذار ممنوعیت دیگران برای ورود به بازار را سلب کرده است. بازار واقعیت خارجی است که کالای در بازار را به تبع آن استیلا پذیر می دانیم. بنابراین می توان گفت استیلا پذیری در نظام فکری بالعرض است نه بالاصاله. بنابراین ویژگی استیلا پذیری برای اموال فکری و به تبع آن برای داده های دیجیتال به عنوان مصداقی از این اموال صحیح خواهد بود.

۳-۴. مالکیت داده های دیجیتال در نظام اموال سنتی

باوجود قسم سوم از داده های دیجیتال که در ذیل اموال سنتی هستند و به عنوان متعلقات عین، منفعت آنها در نظر گرفته شد، مالکیت آنها نیز در ذیل مواد ۲۹ و ۳۰ قانون مدنی تعریف می شود. با توجه به مختصات فضای سایبری متعلقات حاصل از زیرساخت آن، هم دارای ارزش اقتصادی است و در دنیای امروز به عنوان مال شناخته می شود و هم صاحبان شرکت های الکترونیکی بنابر دسترسی که به زیرساخت ها دارند، مالک این قسم از داده های دیجیتال محسوب می شوند. دسترسی در فضای سایبری به معنای تسلط است و به نظر می رسد با همین معنا می توان مالکیت را برای لوازم فضای سایبری اعتبار کرد. در نتیجه این استیلا، قابلیت تملیک متعلقات به افراد به وجود می آید و استفاده از منافع آن، امری مهم در دنیای امروز می شود.

استیلا پذیری در اینجا بر متعلقات عین مانند استیلا پذیری است که در نظام اموال سنتی وجود دارد، تنها مختصات فضای سایبری باید در نظر گرفته شود اما به دلیل آنکه این قسم از داده های دیجیتال به عنوان لوازم شناخته شدند، می توان همان نظام را در نظر گرفت و برای هر کدام از قسمت های این نظام، دقت های لازم برای تفاوت های فضای سایبری را لحاظ کرد.

۴-۴. مالکان داده های دیجیتال

اسلام ملکیت را فردی، عمومی و دولتی می داند. با توجه به آنکه داده های دیجیتال از انفال و مالکیت های دولتی خارج هستند، می توان این داده ها را در دو دسته اول یعنی مالکیت های

خصوصی و عمومی به حساب آورد. به این معنا که برخی از داده‌های دیجیتال، مالکان خصوصی دارند، این داده‌ها ممکن است برای شخص حقیقی یا حقوقی باشند. به عنوان مثال، اطلاعات شخصی یک فرد که بر روی رایانه او قرار دارد از آن شخص حقیقی است، یا کدهای مربوط به یک نرم افزار که برای یک شرکت خصوصی تولید نرم افزار است از آن شخص حقوقی است. از سوی دیگر، این داده‌ها می‌تواند مالکان عمومی هم داشته باشد، برای مثال ممکن است اطلاعاتی مربوط به ملت ایران باشد. سلیقه سیاسی مردم ایران در انتخابات ریاست جمهوری یا اطلاعات پرونده‌های قضایی کشور از این قبیل است؛ حتی این داده‌ها می‌تواند متعلق به گروهی از مردم باشد چنانکه می‌توان اطلاعات مربوط به حساب‌های بانکی افراد در بانک‌های دولتی را به عنوان نمونه نام برد.

بنابراین در بحث مالکیت داده‌ها با دو جریان مواجه هستیم: اول، جریانی از داده‌ها به صورت اطلاعات است که ملکیت آن برای شخص حقیقی و یا شخص حقوقی خاصی است. در این دسته، می‌توان به فروش اطلاعات شخصی افراد اشاره کرد. برای مثال پرونده پزشکی یا قضایی فرد را مورد معامله قرار داد. این جریان از داده‌ها (اطلاعات) متعلق به شخص است و در جدولی به نام پایگاه داده قرار دارد. این داده‌ها به تحلیل نیاز ندارند و خود دارای اهمیت بالایی است و امروزه این کار رونق دارد تا آنجا که سایتی به نام ویکی لیکس برای افشای اطلاعات مربوط به کشورها و سازمان‌ها موجود است و این سایت تاکنون توانسته نقشی حائز اهمیت در برخی تحولات دنیا ایفا کند. دوم، اطلاعاتی است که مالک خصوصی ندارد. در واقع مالک آن مردم و غیرمحمصور هستند. برای نمونه فروش اطلاعات مربوط به اینکه در ماه اردیبهشت سال ۱۳۹۵ چه تعداد افراد بین سن ۴۰ تا ۵۰ سال حساب خود در بانک را بسته‌اند، یا اینکه اطلاعات مردم ایران درباره سلیقه سیاسی یا کالاهای مورد استفاده‌شان چیست. این اطلاعات فقط جریان ساده‌ای از داده‌ها نیستند بلکه بر اساس علم داده‌کاوی روی آنها پردازش و تحلیل می‌شود. پایگاه داده تحلیلی یک بانک اطلاعاتی بزرگ می‌باشد که از طریق آن کلیه داده‌های حال و گذشته یک سازمان جهت انجام عملیات گزارش‌گیری و آنالیز در دسترس مدیران قرار می‌گیرد. پایگاه داده تحلیلی نقش مهمی در تصمیم‌گیری مدیران کمپانی برای تعیین یک استراتژی موفق دارد.

در حقوق مالکیت فکری در بعضی موارد وظیفه حفاظت از دارایی فکری به دارنده سپرده می‌شود و اوست که باید از دارایی فکری خود مراقبت کند و در صورتی که کسی از حق فکری او

استفاده کرد باید به مراجع قانونی برای اقدام اعلام کند و در صورت عدم اعلام ممکن است کسی حق فکری او را استفاده کند و دیگران هم باخبر نشوند. با توجه به گستردگی فضای سایبری و عدم محدودیت زمان و مکان در این فضا، به نظر می‌رسد برای احقاق حقوق مربوط به مالکیت داده‌های دیجیتال نیز در صورتی که مالک خصوصی (اعم از شخص حقیقی یا حقوقی) باشد، باید فرد اقدام به حفاظت از داده‌های شخصی‌اش کند و بتواند با اعلام به مراجع ذیصلاح احقاق حق کند. البته باید در این مورد قانون مدون و دقیقی وجود داشته باشد تا بتوان بر اساس آن حکم به احقاق حقوق صاحبان داده‌های دیجیتال داد.

در صورتی که مالکیت داده‌های دیجیتال عمومی باشد آنگاه معمولاً فرد یا نهادی به‌عنوان نماینده مالکین تعیین می‌شود تا در صورت زایل شدن حق مالکیت احقاق حق کند. مانند حق مالکیتی که همه مردم نسبت به منابع طبیعی دارند و چون همه مردم نمی‌توانند احقاق حق کنند، دولت به‌عنوان نماینده مردم این امر را برعهده می‌گیرد. البته توجه داریم که این قسم از اموال و املاکی که اساساً مالکیت آنها از ابتدا در اختیار دولت است، جدا می‌باشد. در زمینه مالکیت‌های عمومی برای داده‌های دیجیتال نیز به نظر می‌رسد زمانی که مالک عمومی مردم باشند، دولت باید به نمایندگی از آنها برای احقاق حق مالکیت اقدام کند که لازمه آن وجود قوانین بین‌المللی در این زمینه است.

۴-۵. رابطه مالکیت داده‌های دیجیتال با قابل حمایت بودن آنها

مالک شناخته شدن توسط قانون‌گذار، آثاری دارد که ذیل عنوان «حمایت» محقق خواهد شد. در نتیجه اگر دارنده اموال فکری، به‌طور قانونی مالک محسوب شود آنگاه اموال فکری او مورد حمایت قانون‌گذار قرار می‌گیرد. بنابراین اگر فرد دیگری آثار او را بانام خودش منتشر کرد، مالک اثر می‌تواند دادخواهی کند و قانون‌گذار هم حقوق مالک را به رسمیت می‌شناسد. همین امر در رابطه با داده‌های دیجیتال هم مطرح می‌گردد. به این معنا که با اثبات مالیت و مالکیت برای داده‌های دیجیتال و همچنین با به رسمیت شناختن حقوق مربوط به مالکان این داده‌ها باید نظامی برای حمایت از آنها در نظر گرفته شود. اثر قابل حمایت لازم نیست حتماً به‌عین تبدیل شده باشد اما باید از صرف یک ایده فراتر باشد. در فضای سایبری نیز باید داده‌های دیجیتال به‌عنوان یک اثر شناخته شوند و مورد حمایت قانون‌گذار قرار گیرند.

با توجه به شرایطی که این داده‌های آزمایشی دارند و مورد حمایت حقوق مالکیت فکری قرار گرفته‌اند به طریق اولی باید داده‌های دیجیتال نیز در حمایت این حقوق قرار گیرند؛ چراکه وقت، سرمایه، تخصص و زحمت زیادی صرف به دست آوردن داده‌های دیجیتال می‌شود و با صرف انتزاعی بودن آنها نمی‌توان قاعده عدم حمایت را در موردشان اجرا کرد و انگیزه برای تولیدکنندگان این داده‌ها را از میان برداشت. برای جمع‌آوری داده‌ها هزینه مصرف می‌شود و خود این امر کار محسوب می‌شود پس مالکی معلوم دارد و باید مورد حمایت قرار گیرد؛ چنانکه دایرةالمعارف‌ها با ماهیت جمع‌آوری شده‌ای که دارند، مورد حمایت نظام حقوق مالکیت فکری قرار گرفته‌اند. البته نکته قابل توجه آن است که خود داده‌های آزمایشی می‌توانند به صورت داده‌های دیجیتال ارائه شوند. داده دیجیتال امری ذاتی نیست، بلکه در تبادلات فضای سایبری است که موضوع بحث ما مطرح می‌شود. بنابراین به نظر می‌رسد با توجه به تمدن امروز و سرعت رشد جایگاه داده‌های دیجیتال در آن و هم‌چنین اثبات مالکیت برای این داده‌ها بتوان قائل به حمایت از آنها به عنوان اموال فکری شد و آنها را فراتر از ایده دانست.

۵. نتایج

با توجه به مطالب بیان شده در این نوشتار می‌توان نتایج زیر را شاهد بود:

۱- فضای سایبری، تمامیت الکترونیکی پدید آمده از طریق ارتباط الکترونیکی مجموع وسایل ایجاد، ذخیره، پردازش و انتقال داده‌های الکترونیکی با ویژگی شبیه‌سازی و مجازی‌سازی است. ویژگی و عملکرد عمده فضای سایبری ارتباطات جهانی و انتقال داده است؛ بنابراین در این قلمرو همه چیز از جنس داده است. رایج‌ترین شبکه در این فضا اینترنت است که در این نوشتار نیز موضوع اصلی قرار می‌گیرد.

۲- داده‌های دیجیتال اجزای تشکیل‌دهنده فضای سایبری هستند که با استفاده از سیستم عددی دودویی که به صورت صفر و یک است، نشان داده می‌شود. داده‌ها بر روی حافظه و پردازشگر با استفاده از منطق ریاضی ذخیره می‌شوند. جریانی از داده‌ها که همان صفر و یک‌ها هستند، اطلاعات نامیده می‌شود.

۳- داده‌های دیجیتال در فضای سایبری، در سه قسم مشاهده می‌شوند. داده‌هایی که مصداق آنها در خارج به صورت اموال فکری وجود دارد و فضای سایبری بستر ظهوری برای اموال فکری شده

است؛ در نتیجه ماهیت آن اموال تغییری نکرده و در قالب جدیدی با عنوان داده‌های دیجیتال، حقوق مالی و معنوی محسوب شده و در نظام اموال فکری به عنوان مجموعه‌ای از حقوق مربوط به استفاده از اموال فکری است، قرار می‌گیرند. هم‌چنین داده‌های دیجیتالی که ذاتاً امکان وجود در خارج دارند اما به دلیل حجم بالا تنها در فضای سایبری تحقق پیدا کرده‌اند، نیز در ذیل نظام اموال فکری قرار می‌گیرد.

۴- در فضای سایبری قسم دیگری هم از داده‌های دیجیتال به صورت لوازم فضای سایبری وجود دارند و با توجه به آنکه تنها جنبه اقتصادی دارند و مقید به زمان نیستند، حق محسوب نمی‌شوند بلکه متعلقات زیرساخت فضای سایبری هستند و در دنیای امروز منافع آنها مورد استفاده قرار می‌گیرد. بنابراین قوانین مربوط به نظام اموال سنتی که مبنی بر قانون مدنی است، در آنها جاری می‌شود.

۵- مالکیت داده‌های دیجیتال دارای منشأ کار مولد و حيازت است. می‌توان منشأ مالکیت داده‌هایی که در بستر فضای سایبری تعریف می‌شوند و هم‌چنین داده‌های تحلیلی را کار مولد داده دانست، هم‌چنان که این داده‌ها از اموال فکری محسوب شدند منشأ آنها هم از جنس کار مولد خواهد بود. اما منشأ دسته‌ای را که از لوازم فضای سایبری بودند می‌توان حيازت در نظر گرفت. بنابراین، برای داده‌های دیجیتال از طریق حيازت هم می‌توان قائل به مالکیت شد.

۶- مالکان داده‌های دیجیتال، خصوصی یا عمومی هستند. مالکان خصوصی می‌توانند اشخاص حقیقی یا حقوقی باشند. مالک عمومی نیز دولت است که نماینده مردم محسوب می‌شود.

۷- ملکیت داده‌های موجود در نظام اموال فکری تابع حقوق مالکیت‌های فکری است و باید در ذیل همان نظام تحت حمایت قانون‌گذار نیز قرار گیرد. البته حمایت قانون‌گذار در نظام مالکیت فکری به زمان، مکان و رعایت مصالح عموم بستگی دارد. ملکیت لوازم فضای سایبری به عنوان متعلقات عین و هم‌چنین تملیک منافع حاصل از آن نیز در فقه و حقوق، امری اثبات شده است و بر مبنای مواد ۲۹ و ۳۰ قانون مدنی استوار است.

منابع

- امامی، سید حسن. (۱۳۷۷) حقوق مدنی، تهران: اسلامیه، چاپ چهاردهم.
- انصاری، باقر و حسین زند. (۱۳۹۵) «حمایت از داده‌های آزمایشی در نظام مالکیت فکری»، فصل‌نامه پژوهشی حقوق خصوصی، سال پنجم، شماره شانزدهم.
- انصاری، مرتضی. (۱۴۱۰ق.) مکاسب، قم: مجمع الفکر الاسلامی.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۷۸) مبسوط در ترمینولوژی حقوق، تهران: کتابخانه گنج دانش، چاپ اول.
- حسینی حائری، سید کاظم. (۱۴۲۱ق.) فقه‌العقود، قم: مجمع الفکر الاسلامی.
- خمینی، روح‌الله. (۱۴۱۵ق.) کتاب‌البیع، قم: نشر اسلامی.
- زرکلام، ستار. (۱۳۸۸) حقوق مالکیت ادبی و هنری، تهران: سمت، چاپ دوم.
- زندی حقیقی، منوچهر. (۱۳۶۸) اقتصاد خرد، نظریه عمومی قیمت و تولید، تهران: بهنشر.
- عباسی داکانی، خسرو. (اردیبهشت و خرداد ۱۳۸۵) «بررسی ماده ۲۹ قانون مدنی تحلیل حقوقی حق انتفاع»، بخش نخست، کانون، سال چهل و هشتم، دوره دوم، شماره ۶۱.
- فروغی، سید علیرضا. (۱۳۹۰) «نظریه حق در فقه و حقوق موضوعه»، رساله دکتری، دانشگاه شهید مطهری.
- _____. (۱۳۹۱) «بررسی فقهی و حقوقی مفهوم حق و ملک»، آموزه‌های فقه، شماره ۵.
- قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران.

نظریه نقض کارآمد قرارداد

محمدهادی رستمی^۱

چکیده: نقض قرارداد زمانی از نظر اقتصادی کارآمد محسوب می‌شود که هزینه اجرای قرارداد برای متعهد بیش از سود آن باشد و متعهد با پرداخت خسارات متعهدله و قرارداد او در وضعیتی که قرارداد، قرار بود اجرا شود، از ورود خسارات بیش‌تر به خود جلوگیری می‌کند. مقتضای کارآمدی آن است که تمام انواع خسارات قابل جبران باشد. نقد اقتصادی این نظریه آن است که ممکن است مبلغ خسارت کم‌تر از میزان واقعی خسارات وارد شده باشد و در ارزیابی خسارات به صورت پولی، ارزش شخصی تعهد برای طلبکار محاسبه نمی‌شود و به معیار نوعی بسنده می‌شود. برخی نقدهای حقوقی نیز عبارتند از: زیرپا گذاشتن ارزش‌های اخلاقی، کاهش قدرت برنامه‌ریزی، حذف سود برای فروشنده در کالاهای قیمی و تعارض با اصل آزادی.

تعریف حقوقی و اقتصادی نقض کارآمد قرارداد، بیان نقدهای وارد بر آن و مطالعه تطبیقی با حقوق غرب از دستاوردهای این مقاله است.

به نظر می‌رسد علی‌رغم تمامی مشکلاتی که حقوق ایران برای قبول این نظریه دارد، به دلیل مزایای فراوان این نظریه نباید از تلاش برای ارائه راه‌حلی به جهت بسترسازی این نظریه در حقوق ایران، دست کشید. برخی از این راه‌حل‌ها عبارتند از: تقویت نظام حقوقی در جبران کامل خسارات، پذیرش مفهوم بهینه پرتو، حاکمیت رویکرد ترجیح منافع اجتماعی بر منافع فردی، لحاظ برخی انواع کارایی اقتصادی به عنوان جزئی از عدالت اقتصادی، پذیرش نظریه به لحاظ اخلاقی، اثبات عدم تناقض نظریه با اجرای عین تعهد.

کلیدواژه‌ها: قرارداد، نقض کارآمد، فسخ قرارداد، کارایی اقتصادی، جبران خسارت.

۱. دانش آموخته مقطع دکتری فقه و حقوق خصوصی دانشگاه شهید مطهری

مقدمه

از مهم‌ترین نوآوری‌های مکتب تحلیل اقتصادی حقوق، نظریه نقض کارآمد قرارداد است که مبنای اساسی آن، کارآیی اقتصادی است. گاهی هزینه‌های اجرای قرارداد برای طرفین بیش از سود آن است. در این موارد اگر نقض قرارداد، شرایط حداقل یکی از طرفین قرارداد را بدون اینکه وضعیت دیگری بدتر شود، بهتر کند، نقض چنین قراردادی از نظر اجتماعی کارآمد است. تعهد قراردادی از دیدگاه اقتصادی به این معناست که متعهد می‌تواند قرارداد را نقض کند و خسارت آن را بپردازد. هلمز، استاد دانشگاه هاروارد و رئیس دیوان عالی ایالت ماساچوست و عضو دیوان عالی فدرال، از حقوق‌دانان می‌خواهد این اصل را بپذیرند که بدهکار می‌تواند بین اجرای تعهدات قراردادی و عدم انجام آن و پرداخت خسارات پولی، یکی را انتخاب کند. بیرمنگام، حقوق‌دان معروف امریکایی، نیز بر این نظریه تأکید دارد، زیرا بدهکار با سودبردن از نقض قرارداد، پس از جبران خسارت طلبکار، یک گام به سوی توزیع اقتصادی و اجتماعی مطلوب منابع، برمی‌دارد (Birmingham, 1969: 273).

نظریه نقض کارآمد قرارداد علی‌رغم اینکه در حقوق کامن‌لا، مورد قبول واقع شده و در عمل نیز از آن استفاده می‌شود، در حقوق ایران با مشکلاتی جدی روبه‌رو است. مهم‌ترین آنها، تغیر آن با اصل لزوم قراردادها و اصل تملیکی بودن در عقود است. مطابق اصل لزوم در قراردادها نمی‌توان قرارداد را بدون رضایت هر دو طرف و بدون داشتن حق خیار، فسخ کرد، و مطابق اصل تملیکی بودن عقود، به محض انعقاد عقد، مشتری مالک مثنی و فروشنده مالک ثمن خواهد شد، و حقوق سنتی نخواهد پذیرفت که هر یک از بایع و مشتری به بهانه کارآمد نبودن اجرای معامله، حق نقض قرارداد را داشته باشد. این مطلب باید به صورت تفصیلی بحث و بررسی شود و راه‌حلی‌هایی کارآمد و قابل استفاده به قانون‌گذاران ارائه شود. با این وجود، تمامی مشکلات مذکور باعث نمی‌شود در اصل کارآمدی نقض قرارداد در مواقعی که فواید نقض بیش از فواید اجرای آن است، تردید نمود و از تلاش برای بسترسازی جهت قبول این نظریه در حقوق ایران دست کشید.

در ادامه به تعریف نقض کارآمد قرارداد، اقسام نقض کارآمد، خسارات قابل جبران در نقض کارآمد، نقدهای حقوقی، فقهی و اقتصادی وارد بر نقض کارآمد، و مطالعه تطبیقی نقض کارآمد در حقوق ایران، فقه امامیه، حقوق امریکا و انگلستان، پرداخته می‌شود.

۱. تعریف نقض کارآمد قرارداد

نقض قرارداد به عمدی و غیرعمدی تقسیم می‌شود: نقض غیرعمدی آن است که پیمان‌شکن دارای حسن‌نیت به اشتباه تصور کند به دلیل وقوع حادثه‌ای از انجام تعهد معاف شده است، اما دادگاه اعلام کند که شرایط معافیت وجود ندارد. نقض عمدی آن است که طرف قرارداد در اثر بالارفتن هزینه انجام تعهد، عمداً آن را انجام ندهد. نقض عمدی به کارآمد و فرصت‌طلبانه تقسیم می‌شود: در نقض فرصت‌طلبانه پیمان‌شکن تلاش می‌کند، مبلغ بیش‌تری نسبت به آنچه در قرارداد ذکر شده را از طرف مقابلش به صورت فرصت‌طلبانه و بر خلاف عرف قراردادی و اخلاق مرسوم تجاری دریافت کند. یک مثال، متعهدی است که پس از دریافت عوض، از انجام تعهد خودداری کند، به این امید که قیمت کالایی که باید تهیه کند و در اختیار طرف مقابلش قرار دهد، کاهش یابد. در این حالت، وی به صورت فرصت‌طلبانه قراردادش را نقض کرده است.

هنگامی نقض کارآمد است که شرایط پیمان‌شکن با وجود خساراتی که به طلبکار می‌پردازد از قبل بهتر شود و طلبکار نیز با دریافت خسارات، ضرری متحمل نشود. در رفتار فرصت‌طلبانه، سود اقتصادی افزایش نمی‌یابد و پیمان‌شکن با نقض قرارداد و به هزینه طرف مقابل سهم اقتصادی بیش‌تری می‌برد، در حالی که در نقض کارآمد، پیمان‌شکن بدون اینکه از دریافتی طرف مقابل بکاهد، سهم خود را افزایش می‌دهد (Cohen, 1991: 941).

افزایش هزینه‌های اجرای قرارداد ناشی از دو عامل است: حادثه احتمالی مطلوب و حادثه احتمالی نامطلوب.^۱ حادثه احتمالی نامطلوب مانند اعتصاب کارگران است که هزینه بالایی را برای تکمیل به‌موقع پروژه وارد می‌کند و برای پیمان‌کار به‌صرفه‌تر است که زیان‌های ناشی از پیمان‌شکنی را پرداخت کند به‌جای اینکه متحمل آن هزینه شود. حادثه احتمالی مطلوب مانند آن است که فروشنده‌ای تعهد بر فروش کالایی به خریدار کرده است، اما شخص ثالثی، پیشنهاد بهتری می‌دهد (Cooter & Ulen, 1997: 238). در هر دو حالت، نقض قرارداد، کارآمد است.

زیان‌دیده در اثر نقض قرارداد، می‌تواند مورد تعهد را با تعهد دیگری جایگزین کند و هزینه جایگزینی را از نقض‌کننده مطالبه نماید. به این قاعده، قاعده قیمت جایگزین^۲ گفته می‌شود. به عنوان مثال، مسافری بلیط پرواز به مشهد را از شرکتی می‌خرد و در صورت لغو پرواز، مجبور است بلیط را با قیمتی بالاتر، از شرکتی دیگر خریداری کند. این تفاوت قیمت که زیان‌دیده برای جایگزین کردن تعهدش پرداخت می‌کند، براساس قاعده قیمت جایگزین، قابل مطالبه است.

گاهی دو کالایی که با یکدیگر جایگزین می‌شوند، همجنس نیستند مانند آنکه بعد از لغو پرواز، زیان‌دیده مجبور به تهیه بلیط قطار شود. در این صورت، قیمت جایگزین باید برحسب معاملات قابل قیاس، محاسبه گردد. مثلاً اگر او می‌دانست هواپیما پرواز ندارد می‌توانست بلیط قطار را با قیمت ارزان‌تر تهیه کند. در اینگونه موارد، زیان‌دیده با انعقاد قراردادی که توسط متعهد، نقض می‌شود شانس انعقاد برخی قراردادهای جایگزین را از دست می‌دهد، و بنابراین می‌تواند خسارت ناشی از ازدست‌دادن بهترین قرارداد جایگزین را مطالبه نماید (Cooter & Eisenberg, 1985: 439).

برخی حقوق‌دانان امریکایی به دلیل ایرادهای وارد بر نظریه نقض کارآمد، نظریه اصل پیمان‌شکنی مباح^۳ را جایگزین کرده‌اند که با جمع نظریه حاکمیت اراده و فایده‌گرایی با رعایت دو شرط زیر، پیمان‌شکنی را جایز می‌داند: الف) مزایای پیمان‌شکنی، بیش‌تر از مزایای پایبندی به قرارداد باشد. ب) متعهدله به طور صریح یا ضمنی به این کار رضایت داشته باشد و یا پایبندی به قرارداد از نظر اخلاقی، براساس اوضاع و احوال حاکم، غیرمعقول باشد (Lahav, 2000: 171).

۲. اقسام نقض قرارداد

نقض کارآمد در قراردادهای ناظر بر اموال موجود: فروشنده کالایی را به خریدار می‌فروشد و سپس شخص ثالث قیمت بهتری پیشنهاد می‌دهد. اگر سود خالص فروش کالا به شخص ثالث، پس از پرداخت خسارت نقض به خریدار اول، بیش از سود قرارداد اول باشد فروشنده ترجیح می‌دهد آن را نقض کند (Cooter & Ulen, 1997: 238).

نقض کارآمد در قراردادهای ناظر بر اموال آینده یا اجاره: شخصی تعهد می‌کند کالایی را در قبال مبلغی معین برای دیگری تولید کند؛ اما پس از سپری‌شدنِ مراحل از تولید کالا، شخص ثالثی، مبلغ بیش‌تری پیشنهاد می‌کند. متعهد ترجیح می‌دهد قرارداد اول را نقض کند و خسارات آن راپردازد و کالا را به ثالث بدهد. در مورد اجاره، مسافری برای رفتن به مقصد معینی سوار ماشین می‌شود و پس از طی مسافتی کوتاه، مسافری دیگر پیشنهاد اجرت بیش‌تری به راننده برای رفتن به مسیری دیگر می‌دهد. آیا راننده ترجیح می‌دهد قرارداد اجاره نخستین را نقض کند و خسارت مسافر راپردازد (Cooter & Ulen, 1997: 241).

نقض کارآمد قرارداد به منظور پیش‌گیری از خسارات بیش‌تر: فروشنده‌ای که تعهد تولید

کالایی را کرده قبل از نهایی شدن تولید، متوجه می‌شود هزینه‌های تولید، بیش‌تر از قیمت کالا است و تصمیم می‌گیرد قرارداد را نقض کند و خسارت آن را پردازد. در این فرض، هدف، پیش‌گیری از ضرر است، نه سود بیش‌تر (انصاری، ۱۳۹۰: ۵۵۳).

نقض ناکارآمد قرارداد: در نقض ناکارآمد، بدهکار با نقض تعهدات خود و با هزینه طرف قرارداد، سودی را دارا می‌شود و جبران خسارت نمی‌تواند وضعیت طلبکار را همانند سابق گرداند. در واقع، بخشی از سود ناشی از نقض ناکارآمد ناشی از ضرری است که به طلبکار وارد شده است. این رفتار را باید با ضمانت اجرای تنبیهی جبران کرد؛ زیرا امکان جمع خسارات تنبیهی با سایر تضمینات حقوقی وجود دارد (Laithier, 2005: 545). هم‌چنین نقض قرارداد برای کسب سود بیش‌تر، در قراردادی که تعهد طرفین هم‌زمان اجرا نمی‌شود، توجیه اقتصادی ندارد و نمی‌توان آن را پذیرفت؛ مانند اینکه مشتری پول کالای مورد معامله را به فروشنده پرداخت می‌کند، اما فروشنده به جای تحویل کالا، پول را در جای دیگری سرمایه‌گذاری می‌کند و بعد از مدتی که سود مناسبی دریافت کرد، قرارداد را نقض می‌کند و پول را پس می‌دهد. بهترین شیوه جبران خسارت در این مثال، استرداد سود کسب‌شده توسط فروشنده است (Posner, 2014: 145).

۳. خسارات قابل جبران در نقض کارآمد قرارداد

مقتضای اصل جبران کامل خسارات این است که تمام انواع خسارات ناشی از نقض قرارداد قابل جبران باشد.

خسارت به اجزاء موجود دارایی: خساراتی که به اجزاء موجود دارایی وارد می‌شوند، ساده‌ترین انواع خساراتند و جبران آنها زودتر از جبران دیگر خسارات به رسمیت شناخته شده است. برای مثال، هنگامی که نقض قرارداد تعمیر کارخانه سبب خسارت به تعدادی از قطعات کارخانه می‌شود، اثبات این خسارات به دلیل آنکه به اجزاء موجود دارایی وارد می‌شوند آسان‌تر است. خسارت به اموال مادی، چه عین و چه منفعت، و خسارت به اموال معنوی مانند حق تألیف، علامت تجاری، اسم تجاری حق اختراع، حق کسب و پیشه و تجارت، خسارت به اجزاء موجود دارایی به حساب می‌آیند (رنجبر، ۱۳۷۷: ۵۴).

خسارت عدم‌النفع:^۴ خسارت عدم‌النفع، خسارت به سود و مالی است که در آینده به دست می‌آید. برای مثال، ایران خودرو قرار است ۱۰۰ دستگاه خودرو به یکی از نمایندگی‌هایش بفروشد

تا هر یک را با سود ۱۰۰ هزار تومان به مردم بفروشد. اگر ایران خودرو قرارداد را نقض کند نمایندگی از ده میلیون تومان سود، محروم می‌شود و به این ضرر، ضرر عدم‌النفع می‌گویند (رنجبر، ۱۳۷۷: ۶۰).

خسارت تلف فرصت: در تلف فرصت^۵ نفع مسلمی در آینده وجود ندارد. آنچه وجود دارد شانس تحصیل سود است. هنگامی که فردی قصد شرکت در مناقصه‌ای را دارد که شرط آن، داشتن ماشین‌آلات خاصی است، قراردادی با تولیدکننده آن ماشین‌آلات می‌بندد. به دلیل نقض قرارداد توسط فروشنده و تحویل‌نشدن دستگاه‌ها، امکان شرکت در مناقصه از بین می‌رود. برنده‌شدن در مناقصه و تحصیل سود آن، امری احتمالی است اما یک فرصت است و ازدست‌دادن فرصت، یک ضرر است. اگر این فرصت‌ها مورد حمایت قانون‌گذار باشد، کسی که به فرصت‌های دیگری خسارت بزند، باید خسارت را جبران کند. نحوه محاسبه خسارت ناشی از تلف فرصت دشوار است. گاهی فرصت‌ها دارای قیمت مشخصی در بازار هستند، مانند فرم‌های شرکت در مناقصه که در مدت محدود و به افراد محدودی داده می‌شوند و با قیمت مشخصی در بازار خرید و فروش می‌شوند. در هر حال، درجه احتمال تحصیل سود می‌باید در نظر گرفته شود (Eiselen, 2005: 32).

خسارت به اعتبار تجاری: شهرت تجاری که در قالب علامت تجاری یا اسم تجاری درآمده باشد در کسب سود نقش بسیار زیادی دارد و لطمه به آن، لطمه به یک جزء نامرئی از دارایی است که با ضرر مادی همراه است؛ اما چون اعتبار تجاری قیمت مشخصی ندارد، سنجش خسارت دشوار است (رنجبر، ۱۳۷۷: ۶۳). یک راه تعیین خسارت ناشی از نقض عهد، سنجش مقدار نفع آتی است که تاجر به واسطه لطمه به اعتبار تجاری خود از دست داده است.

خسارت‌های معنوی: ضررهای وارد بر آبرو و روح و روان، ضرر معنوی نامیده می‌شوند. آبرو به معنای حسن شهرت است. اصل جبران کامل خسارات ایجاب می‌کند هنگام نقض قرارداد این ضررها نیز جبران شوند (رنجبر، ۱۳۷۷: ۶۴).

خسارات ناشی از تصمیم‌گیری بر پایه اعتماد، هنگام نقض قرارداد: اقداماتی را که طرفین قرارداد انجام می‌دهند و در اثر آن، ارزش قرارداد افزایش می‌یابد، اقدامات مبتنی بر اعتماد می‌نامند زیرا بر پایه اعتماد برای اجرای تعهد صورت می‌گیرند. برای مثال، شخصی خواننده مشهوری را برای جشنی عمومی دعوت و بعد از پذیرش او، درباره حضور او تبلیغ می‌کند. اگر

خواننده قرارداد را نقض کند، مکلف است هزینه‌هایی را که زیان‌دیده بر پایه اعتماد به او انجام داده پردازد (Shavell, 2009: 349).

۴. شرایط قابل مطالبه بودن خسارات ناشی از نقض قرارداد

ماده ۵۲۰ آ.د.م. مقرر می‌دارد: در خصوص مطالبه خسارت وارده، خواهان باید ثابت نماید زیان وارده ناشی از عدم انجام تعهد یا تأخیر آن و یا عدم تسلیم خواسته بوده است، و در غیر این صورت، دادگاه دعوای مطالبه خسارت را رد می‌کند. بنابراین، شرایط مطالبه خسارت عبارتند از: مستقیم‌بودن خسارت، وجود رابطه سببیت میان عدم انجام تعهد و ورود خسارت، و مسلم‌بودن خسارت (رنجبر، ۱۳۷۷: ۸۰).

۴-۱. احراز رابطه سببیت میان نقض عهد و خسارت

اصل جبران کامل خسارت ایجاب می‌کند که در محاسبه خسارت، مزایایی که نقض عهد برای متعهدانه ایجاد کرده و نیز رابطه سببیت میان منافع مکتسبه و نقض قرارداد احراز شود. احراز این رابطه گاهی آسان نیست. اگر ۱۰۰ تن مواد اولیه به قیمت ۱۰۰ میلیون تومان فروخته شود و فروشنده قرارداد را فسخ و کالاها را به قیمت ۱۱۰ میلیون تومان به مشتری دوم بفروشد، بر فرض اینکه خسارت ناشی از نقض قرارداد اول ۱۵ میلیون تومان و نفع خالص حاصل از انعقاد معامله دوم برای فروشنده، ۱۵ میلیون تومان باشد، آیا باید منافع حاصله از معامله دوم را از خسارات وارده بر فروشنده در اثر معامله اول کم کرد؟

اگر فروشنده تنها قدرت تأمین مواد اولیه موضوع یکی از بیه‌ها را داشته باشد، سود حاصله از معامله دوم در اثر نقض قرارداد اول بوده و باید از خسارات وارده بر فروشنده کسر شود. اما اگر فروشنده، صرف‌نظر از نقض یا عدم نقض عهد، می‌توانست مواد اولیه موضوع قرارداد دوم را تهیه کند، نمی‌توان منافع قرارداد دوم را ناشی از نقض معامله اول محسوب کرد؛ زیرا فروشنده در هر حال، قدرت به‌دست‌آوردن منافع، در معامله دوم را داشت و تحصیل آن به سبب نقض قرارداد نبوده است (Sutton, 1989: 737).

۲-۴. مستقیم و قابل پیش‌بینی بودن ضرر در نقض قرارداد

اگر به خاطر نقض قرارداد، برای مثال، مواد اولیه تسلیم نشود، کارخانه تعطیل می‌شود، سود آن از دست می‌رود، کارگرها بیکار می‌شوند درحالی‌که کارخانه‌دار می‌باید حقوق آنها را بپردازد. در این صورت، کارخانه‌دار نمی‌تواند به تعهدات خود در قبال دیگران عمل کند و مجبور به پرداخت غرامت می‌شود. برخی از این خسارات مستقیم و قابل پیش‌بینی و برخی غیرمستقیم و غیرقابل پیش‌بینی است. خسارات مستقیم و قابل پیش‌بینی به استناد اصل جبران کامل خسارات باید پرداخت شود، اما درباره خسارات غیرمستقیم و غیرقابل پیش‌بینی، زمانی اختلاف است که طرفین درباره آن مذاکره نکرده باشند والا قرارداد تابع توافق طرفین خواهد بود. اما خسارات غیرمستقیم و غیرقابل پیش‌بینی که به استناد مسئولیت قراردادی قابل جبران نمی‌باشند، آیا از باب ضمان قهری و مسئولیت غیرقراردادی قابل مطالبه هستند؟ خساراتی که به استناد مسئولیت قراردادی به دلیل قابل پیش‌بینی نبودن جبران نمی‌شود، اگر شرایط مسئولیت مدنی در آنها موجود باشد، از باب مسئولیت مدنی قابل جبران است (رنجبر، ۱۳۷۷: ۱۱۰).

در ماده ۱۱۵ ق.م. فرانسه آمده است: متعهد تنها مسئول خساراتی است که در زمان انعقاد قرارداد پیش‌بینی می‌کرده یا می‌توانسته پیش‌بینی کند، مشروط بر آنکه خسارت، ناشی از نقض عمدی نباشد. اگر خریدار کالای خریداری شده را به ۲ برابر قیمت بفروشد و فروشنده هنگام تحویل کالا از این امر آگاهی یابد و به عمد از تحویل کالا خودداری کند تا خودش با خریدار دوم وارد معامله شود؛ در این فرض، اگر جبران خسارت را محدود به مسئولیت قراردادی بدانیم، نباید چنین خسارتی را قابل جبران دانست؛ زیرا چنین نفع فوق‌العاده‌ای قابل پیش‌بینی نبوده است، اما مانع ندارد که این خسارت‌ها بر اساس ضمان قهری مطالبه شوند. اگر در قراردادی تصریح شود که هر نوع نقض عهد، نمی‌تواند مسئولیتی بیش از آنچه در قرارداد توافق شده، داشته باشد چنین توافقاتی مشروط بر آنکه مخالف مقررات آمره نباشند، معتبر هستند، اما اگر قرارداد درباره این مسائل ساکت باشد، استنباط چنین امری ممکن نمی‌باشد. بنابراین، نقض قرارداد علاوه بر مسئولیت قراردادی، می‌تواند سبب ایجاد مسئولیت غیرقراردادی شود، مشروط بر آنکه در نقض قرارداد، تقصیری وجود داشته باشد و شرایط ضمان قهری فراهم باشد (رنجبر، ۱۳۷۷: ۷۷).

۳-۴. مسلم بودن ضرر ناشی از نقض قرارداد

مسلم بودن خسارات وارد بر اجزاء دارایی به این معناست که اثبات شود، اولاً آن جزء از دارایی وجود داشته؛ ثانیاً به آن خسارت وارد شده؛ ثالثاً میزان خسارت اثبات شود. هنگامی که از نقض کارآمد قرارداد، ضرری متوجه متعهدله می‌شود برای جبران، ضرر وارده باید به وسیله ادله معتبر اثبات شود هرچند ایجاد یقین نکند و میزان خسارت، ۱۰۰٪ مسلم نباشد. برای مثال، تعیین میزان خسارت معنوی و اثبات میزان خسارات ناشی از تلف فرصت یا صدمه به اعتبار تجاری دشوار است، اما موجب نمی‌شود که زیان‌دیده از دریافت خسارت محروم بماند (رنجبر، ۱۳۷۷: ۱۲۱). اگر اصل ورود ضرر مسلم نباشد، و مثلاً معلوم نباشد که آیا از تقصیری که متصدی حمل و نقل در حمل کالا انجام داده خسارتی به کالاها وارد شده یا نه، خسارات قابل مطالبه نمی‌باشند، اما اگر اصل ورود خسارات مسلم باشد و میزان دقیق خسارات قابل اثبات نباشد می‌توان به اندازه قدر متیقن، خسارات را جبران کرد. اگر این راه حل با بی‌انصافی همراه باشد دادگاه باید راه حل معقولی برای تخمین میزان خسارت پیدا کند (رنجبر، ۱۳۷۷: ۱۲۲).

مسلم بودن در عدم النفع به این معناست که اثبات شود جریان عادی امور، تحقق نفع مشخصی را به همراه داشته که با نقض قرارداد از بین رفته است. در این صورت، آنچه باید اثبات شود وجود نفعی در آینده و میزان آن است. در عدم النفع، همیشه این احتمال وجود دارد که سیر عادی امور، دستخوش اتفاقاتی شود و مانع تحقق نفع در آینده شود و به این دلیل، هیچ گاه وجود نفع در آینده قطعی نیست و تنها می‌توان مسلم بودن عرفی آن را اثبات کرد؛ زیرا عرف احتمالات بعید را نادیده می‌گیرد و وجود نفع را مسلم می‌پندارد (Eiselen, 2005: 32-46).

۵. تعیین خسارات ناشی از نقض قرارداد

به منظور تعیین خسارت، هم باید به ضررهای مختلفی که از نقض عهد برای متعهدله به وجود می‌آید توجه کرد و هم به منافعی که برای وی به وجود می‌آید. جبران خسارت باید به گونه‌ای باشد که وضعیت متعهدله را به قبل از نقض قرارداد برگرداند. بنابراین، غرامتی که به متعهدله تعلق می‌گیرد حاصل تفریق ضررهای ناشی از نقض عهد و منافع حاصل از آن است که فرمول زیر به دست می‌آید:

خسارت = (خسارت اصلی + خسارت تبعی + خسارت فرعی)

ناشی از نقض قرارداد - مزایای ناشی از نقض قرارداد

برخی نکات در تعیین خسارت نقش دارند، از جمله اینکه اگر میزان خسارت در طول زمان تغییر کند، چه زمانی ملاک تعیین خسارت قرار می گیرد و اگر زیان دیده در کنار جبران خسارت، تقاضای ارجح و یا فسخ قرارداد نماید، چه تأثیری بر جبران خسارت دارد (رنجبر، ۱۳۷۷: ۱۳۲).

در کنار جبران خسارت، ضمانت اجراهای دیگری، همچون الزام به انجام عین تعهد، حق فسخ، حق حبس و حق تقلیل ثمن علیه نقض کننده قرارداد وجود دارد، اما مجموعه ضمانت اجراها نباید به گونه ای باشد که موقعیت متعهدله را بهتر از حالتی که تعهد انجام می شد، قرار دهد. برای مثال، خریداری مقداری کالا به قیمت ۱۰۰/۰۰۰/۰۰۰ تومان خریده و فروشنده از تسلیم کالا خودداری و خریدار قرارداد را فسخ می کند. در زمان فسخ ارزش کالا ۱۲۰/۰۰۰/۰۰۰ تومان است. به دلیل عدم تسلیم کالاها، یک ماه کارخانه خریدار تعطیل شده و خسارت ناشی از آن ۳۰/۰۰۰/۰۰۰ تومان است. خریدار با انعقاد یک قرارداد جدید، مواد اولیه مورد نیاز را از محل دیگری تأمین کرده است که هزینه های حقوقی و دفتری قرارداد جدید ۵/۰۰۰/۰۰۰ تومان است. به دلیل فسخ قرارداد، هزینه حمل و نقل و بیمه و انبارداری از دوش خریدار برداشته شده که این مبلغ ۲۰/۰۰۰/۰۰۰ تومان است. بر اساس متغیرهای فوق، نحوه محاسبه خسارت بر این اساس است:

$$۳۵/۰۰۰/۰۰۰ = ۲۰/۰۰۰/۰۰۰ + ۱۰۰/۰۰۰/۰۰۰ - (۱۲۰/۰۰۰/۰۰۰ + ۳۰/۰۰۰/۰۰۰ + ۵/۰۰۰/۰۰۰)$$

در مثال دیگر، مقداری مواد اولیه به قیمت ۱۰۰/۰۰۰/۰۰۰ تومان فروخته می شود. به دلیل نقض عهد خریدار، فروشنده قرارداد را فسخ می کند. ارزش کالاها در زمان فسخ ۸۰/۰۰۰/۰۰۰ تومان است. میزان تولید فروشنده به مراتب از تقاضای خریدار بیش تر بوده است و به واسطه فسخ، حجم معاملاتی فروشنده کاهش می یابد و به این دلیل ۱۰/۰۰۰/۰۰۰ تومان، سود خالص ناشی از تولید را از دست می دهد. با رعایت به واسطه فسخ از هزینه انعقاد قرارداد حمل و نقل به مبلغ ۲۰/۰۰۰/۰۰۰ تومان، معاف می گردد. حال خسارت به شکل زیر محاسبه می شود:

$$۱۰/۰۰۰/۰۰۰ = ۲۰/۰۰۰/۰۰۰ + ۸۰/۰۰۰/۰۰۰ - (۱۰۰/۰۰۰/۰۰۰ + ۱۰/۰۰۰/۰۰۰)$$

در محاسبه خسارات تبعی و فرعی باید به این نکته توجه داشت که هدف اساسی، قراردادن متعهدله، در وضعیتی است که در صورت عدم انجام تعهد در آن وضعیت قرار می گرفت. بنابراین، وقتی خریدار، با فسخ قرارداد، کالای جایگزینی را خریداری می کند، هزینه های انعقاد این معامله

جایگزین باید به عنوان خسارت فرعی برای او منظور شود؛ زیرا اگر به قرارداد سابق عمل می‌شد، خریدار مجبور نبود این هزینه‌ها را متحمل شود و بازگرداندن خریدار به حالت قبل از نقض عهد، مستلزم جبران این هزینه‌ها است.

نتیجه فرمول ذکر شده می‌تواند یک عدد منفی باشد، یعنی با فسخ قرارداد، خسارت متعهدله جبران شده و علاوه بر آن، نفعی هم به او رسیده است. برای مثال، خریداری کالایی را به ۱۰۰/۰۰۰/۰۰۰ تومان می‌خرد و بعد از معامله قیمت آن به ۵۰/۰۰۰/۰۰۰ تومان کاهش می‌یابد. به دلیل معیوب بودن کالاها، مشتری عقد را فسخ می‌کند. هزینه استرداد کالاها به باع ۲۰/۰۰۰/۰۰۰ تومان است. خسارت بر اساس متغیرهای فوق چنین است:

$$(۵۰/۰۰۰/۰۰۰ + ۲۰/۰۰۰/۰۰۰) - ۱۰۰/۰۰۰/۰۰۰ = - ۳۰/۰۰۰/۰۰۰$$

در این حالت متعهدله به مقدار ۳۰/۰۰۰/۰۰۰ تومان در موقعیتی بهتر قرار گرفته است که مشخص می‌کند خسارات تبعی ناشی از فسخ قرارداد خودبه‌خود جبران شده و لازم نیست بابت آن غرامتی پرداخت شود (رنجبر، ۱۳۷۷: ۱۶۲).

متغیرهای مختلفی در تعیین خسارت نقش دارند. یک عامل، زمان است. قیمت کالا یا هزینه انجام تعهد، در طول زمان تغییر می‌کند. برای مثال، اگر موضوع تعهد، یک تن پنبه باشد، این مقدار ممکن است در زمان انعقاد قرارداد، ۱ میلیون تومان و در موعد انجام تعهد ۱/۵ میلیون تومان و در زمان محاسبه خسارت ۲ میلیون تومان و سال بعد ۳ میلیون تومان ارزش داشته باشد. اگر متعهد به تعهد خود عمل کرده بود و قرارداد را نقض نمی‌کرد، تمامی افزایش قیمت‌ها در دارایی متعهدله صورت می‌گرفت. حال، متعهدله باید در شرایطی قرار گیرد که تمام افزایش ارزش‌ها در دارایی او قرار گیرد.

خساراتی که در طول زمان به وجود می‌آیند تا جایی بر عهده متعهد قرار می‌گیرند که رابطه سببیت آنها با متعهد و نقض قرارداد قطع نشود. برای مثال، اگر قیمت یک تن پنبه چند سال بعد از موعد انجام تعهد به شدت افزایش یابد، نقصان این افزایش قیمت در دارایی متعهدله را نمی‌توان به نقض عهد نسبت داد؛ زیرا اگر هم به تعهد عمل می‌شد و پنبه‌ها تحویل داده می‌شد، متعهدله تا آن زمان پنبه‌ها را می‌فروخت و از افزایش قیمت‌ها سودی نصیبش نمی‌شد. گذر زمان به خودی خود، می‌تواند رابطه علیت را قطع کند (رنجبر، ۱۳۷۷: ۲۰۲).

درباره مکان در تعیین میزان خسارت باید گفت: ارزش مورد تعهد را باید در مکانی تعیین کرد

که تعهد باید در آنجا انجام شود.

دیگر متغیرهای مؤثر در تعیین خسارت عبارتند از: ارزش مورد تعهد، نرخ بهره، اجرت‌المثل منافع، خسارات تبعی، خسارات فرعی؛ اما مهم‌ترین عامل خود قرارداد است که می‌تواند وسیله‌ای برای تعیین خسارت یا مشخص‌کننده شیوه‌های تعیین خسارت باشد. مراجعه به هزینه‌های واقعی نیز منبع دیگری برای چگونگی تعیین خسارت است. عامل دیگر، عرف و بازار است که با مشاهده قیمت‌ها و هزینه‌ها در بازار، خسارت تخمین زده می‌شود.

۶. نقدهای نظریه نقض کارآمد قرارداد

نقدهایی بر نظریه نقض کارآمد قرارداد وارد شده است که به مهم‌ترین آنها و به پاسخ‌های ممکن اشاره می‌شود.

۶-۱. نقدهای اقتصادی بر نظریه نقض کارآمد قرارداد

از نظر اقتصادی زمانی نقض قرارداد، کارآمد محسوب می‌شود که وضعیت نقض‌کننده بعد از نقض قرارداد بهتر شود؛ یعنی حتی بعد از پرداخت خسارات، سود بیش‌تری از فرض اجرای قرارداد، برده باشد، مشروط بر آنکه به گونه‌ای خسارات زیان‌دیده را جبران کند که وضعیت او بدتر از قبل نشود. اما همواره این امکان وجود دارد که مبلغی که به عنوان خسارت به زیان‌دیده پرداخت می‌شود کم‌تر از میزان واقعی خسارات وارد شده به وی باشد. از آنجا که خسارات وارد بر زیان‌دیده همواره به صورت مادی و یا معادل پولی ارزیابی می‌شود، این عیب وجود دارد که در ارزیابی خسارات به صورت پولی، ارزش شخصی تعهد برای طلبکار محاسبه نمی‌شود و به معیار نوعی بسنده می‌شود. برای مثال، ممکن است با نقض قرارداد خسارات معنوی‌ای به زیان‌دیده وارد شود که یا جبران نمی‌شود و یا بد جبران می‌شود. مطالبه خسارت نیز برای زیان‌دیده هزینه‌هایی مانند هزینه دادرسی، هزینه انتخاب وکیل، هزینه‌های رفت و آمد تا دادگاه و زمانی که برای این کار صرف می‌شود به همراه دارد که در صورت اجرای اصل قرارداد، این هزینه‌ها وارد نمی‌شد. شرط مسلم بودن خسارات برای قابلیت مطالبه و دشواری اثبات آن برای زیان‌دیده، در اکثر مواقع زیان‌دیده را از دریافت خسارت عدم‌النفع محروم می‌کند. اصل قابلیت پیش‌بینی خسارات در زمان انعقاد قرارداد به این بیان که زیان‌دیده تنها می‌تواند خساراتی را از نقض‌کننده قرارداد، مطالبه کند

که نقض کننده آنها را عرفاً پیش‌بینی می‌کرده است، خود عاملی است که باعث ناکارآمدی نقض قرارداد می‌شود (Epstein, 1999: 11).

در جواب می‌توان بیان داشت: اصل این مسأله مورد قبول است که در مواردی، محاسبه دقیق خسارات وارده دشوار است، اما این دشواری در محاسبه خسارات نباید موجب شود از اجرا و گسترش اصل نظریه نقض کارآمد جلوگیری کرد. می‌توان کارگروه‌هایی اقتصادی در این خصوص تشکیل داد و از متخصصان برتر اقتصادی دعوت به عمل آورد و بهترین راه‌حل را به قانون‌گذاران ارائه داد.

۲-۶. نقدهای حقوقی بر نقض کارآمد قرارداد

علی‌رغم محبوبیت نقض کارآمد قرارداد میان طرفداران تحلیل اقتصادی حقوق، بسیاری از حقوق‌دانان نقض کارآمد را با حقوق قراردادی و اخلاق در تعارض دانسته‌اند.^۶ در تحلیل اقتصادی، تنها اعمالی عادلانه‌اند که از نظر اقتصادی کارآمد باشند و هر چیزی که کارآمد باشد، عادلانه هم هست و اینگونه نیست که تمامی اعمال غیرمشروع غیرعادلانه هم محسوب شوند. برای مثال در نقض کارآمد قرارداد که عامل افزایش قیمت اجرای قرارداد و کارآمدتر بودن نقض قرارداد نسبت به اجرای آن، یک حادثه محتمل الوقوع مطلوب است، مانند یافتن مشتری بهتر، چرا باید با فروشنده‌ای که به صورت غیرقانونی قراردادش را نقض می‌کند، مخالفت شود و به صرف غیرمشروع بودن عملش، ناعادلانه هم تلقی شود؟ نقض تعهدات قراردادی با اهداف سودجویانه، اگر از نظر اقتصادی کارآمد باشد، کاملاً عادلانه هم هست؛ زیرا عدالت چیزی جز کارآمدی اقتصادی نیست (Posner, 1979: 119)، اما حقوق‌دانان با این امر مخالفند. حقوق‌دانان مخالف با نظریه نقض کارآمد، چنین استدلال کرده‌اند که از شیوه‌های شناسایی کارآمدی یک قاعده، مقبولیت آن قاعده در نزد مردم است و حال اگر فروشنده در هنگام انعقاد قرارداد به مشتری بگوید که در حال حاضر، قصد نقض قرارداد را ندارم، اما اگر در آینده پیشنهاد بهتری شود، قرارداد را نقض و خسارات وارده را می‌پردازم، فروشنده مرتکب کلاهبرداری شده، زیرا در واقع مراد ضمنی‌اش این است که قصد فروش و اجرای تعهد را ندارد. در سال ۱۹۹۰ در ایالت کارولینای شمالی از ۱۱۹ شرکت ۱۰۵ شرکت به این سؤال که اگر شریک تجاری در مقابل پیشنهاد بهتر، به طور عمدی قرارداد را نقض کند، آیا عمل غیر اخلاقی انجام داده

است، پاسخ مثبت دادند.

این دسته از حقوق دانان معتقدند نظریه نقض کارآمد، ارزش های اخلاقی را زیر پا می گذارد، زیرا وفاداری یک دستور اخلاقی است و باید مورد احترام قرار گیرد. با حذف نیروی اخلاق در التزام به قراردادها، کارآمدی نظام قراردادی کاهش می یابد، زیرا باعث افزایش دعاوی و هزینه های اجتماعی می شود؛ حال آنکه گسترش وفاداری به عهد بر مبنای اخلاق، هزینه ای ندارد. ایراد دوم این است که دلیل اصلی قراردادهایی که طبق آن، تحویل کالا در آینده انجام می گیرد این است که خریدار می خواهد خطر افزایش قیمت را به فروشنده منتقل سازد. به ویژه اگر خریدار خطرگریز^۷ باشد؛ اما با جواز نقض کارآمد، تمام پیش بینی ها و معادلات مشتری به هم می ریزد و نمی تواند برای آینده خود برنامه ریزی دقیقی داشته باشد و این امر، آمار معاملات کارآمد را کاهش می دهد (Craswell, 1996: 488).

ایراد سوم حقوق دانان این است که تنها زمانی نقض قرارداد به صورت کاملاً حقوقی جبران می شود که خسارات وارده براساس انتظارات متعهدله ارزیابی شده باشند و برای او تفاوتی بین انجام قرارداد یا نقض قرارداد باقی نماند؛ درحالی که در کالاهای قیمی، ارزیابی میزان خسارت، براساس قیمت کالای جایگزین صورت می گیرد؛ یعنی تنها زمانی خسارات مشتری از نقض قرارداد جبران می شود که قیمت کالای قیمی به او پرداخته شود و اگر اینگونه باشد، دیگر سودی برای فروشنده از نقض قرارداد باقی نخواهد ماند (Friedman, 1989: 8).

ایراد چهارم تعارض با اصل آزادی است. بر اساس اصل آزادی قراردادهای طرفین قرارداد می توانند به صراحت در قرارداد پیش بینی نمایند که یکی از طرفین قرارداد می تواند با پرداخت خسارت به طرف مقابلش، قرارداد را نقض کند؛ درحالی که بر اساس نظریه نقض کارآمد یکی از طرفین بدون رضایت دیگری اقدام به نقض قرارداد و پرداخت خسارت می کند (Friedman, 1989: 23).

به ایراد اول می توان پاسخ داد که گرچه نقض قرارداد در مواردی برخلاف اخلاق است، اما در مباحث حقوق اقتصادی به کارآمدی هر قاعده حقوقی و حداکثرسازی ثروت توسط آن، بیش تر توجه می شود. در دنیای پیشرفته کنونی که کشورهای توسعه یافته همواره در حال گسترش امور تجاری خود هستند، توجه صرف به مسائل اخلاقی، به ویژه در مواردی که برخلاف مصالح عمومی جامعه است، به پیشرفت اقتصادی لطمات جبران ناپذیری می زند. بنابراین با احترام به

اخلاقیات و لزوم توجه به امور معنوی در جامعه، در امور اقتصادی، باید به کارایی هر قاعده توجه ویژه‌تری صورت گیرد.

به اشکال دوم می‌توان پاسخ داد که نظریه نقض کارآمد یک قاعده تکمیلی محسوب می‌شود و در مواردی که هر یک از طرفین بیم آن را دارد که در آینده طرف مقابلش به استناد نقض کارآمد قرارداد از اجرای قرارداد سرباز زند، می‌تواند این مورد را در قرارداد تصریح کند و امکان نقض کارآمد را از متعهد بگیرد. این مطلب علی‌رغم این موضوع است که در نقض کارآمد، فرض بر این است که متعهد به گونه‌ای ضررهای متعهدله را جبران کند که گویی قرارداد، انجام شده و متعهدله خسارتی را متحمل نگردیده است. بنابراین متعهدله نباید از این بابت دچار نگرانی باشد.

درباره ایراد سوم می‌توان محدوده نقض کارآمد را محدود به مواردی کرد که مورد معامله، قیمی نباشد و از نقض قرارداد، سودی عاید متعهد شود.

اما درباره ایراد چهارم، اولاً، نقض کارآمد یک قاعده تکمیلی است که می‌توان برخلافش شرط کرد؛ ثانیاً، در مواردی که اجرای یک قاعده به صورت کلی به نفع عموم جامعه است و منافع حداکثری دارد، می‌توان آن را بر منافع شخصی مقدم دانست.

۳-۶. نقدهای فقهی بر نقض کارآمد قرارداد

فروشنده‌ای متعهد می‌شود ۱۰ اتومبیل هر کدام به قیمت ۵۰ میلیون تومان را به دیگری بفروشد. بعد از انعقاد قرارداد، ثالثی پیشنهاد خرید خودروها را به قیمت ۷۰ میلیون تومان می‌دهد. آیا فروشنده مکلف است به قراردادش متعهد باشد یا می‌تواند با پرداخت خسارات مشتری، قرارداد را نقض و اتومبیل‌هایش را به ثالث بفروشد؟

در منابع فقهی لزوم وفای به شرط به عنوان تکلیف شرعی پذیرفته شده، اما درباره امکان الزام مشروط‌علیه ممتنع، اقوال متعارضی وجود دارد؛ مانند جواز اجبار، عدم جواز اجبار، عدم جواز اجبار در انجام شرطی که حق بایع است و جواز اجبار در انجام شرطی که حق غیر است. هم‌چنین از نظر علامه حلی، اگر شرط از متعلقات معامله باشد نظیر شرط رهن، اجبار جایز است و اگر شرط مربوط به امر دیگری باشد اجبار جایز نیست (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ۱۲۶). گاهی شرط مرتبط با عقد به منزله عوضین دانسته می‌شود و اینکه حق بایع بر اجبار، از باب ملکیت است نه التزام

مشروطاً علیه. در نتیجه، هنگامی که شرط به نفع شخصی غیر از بایع است وی امکان اجبار ندارد (امامی خوانساری، بی تا: ۴۸۹). گاهی گفته می شود اگر شرط، حق الله باشد اجبار، جایز و اگر حق بایع باشد جایز نیست (انصاری، ۱۴۱۱، ج ۳: ۳۸). گاهی گفته می شود اختلاف راجع به امکان یا عدم امکان اجبار ناشی از اختلاف در این امر است که عمل به شرط واجب است یا نه (نجفی ایروانی، ۱۴۰۶: ۶۷). شیخ انصاری پس از بیان دیدگاه های مختلف می گوید با توجه به ادله وجوب وفای به عقد و شرط، امکان اجبار مشروطاً علیه وجود دارد (انصاری، ۱۴۱۱، ج ۳: ۴۰)، اما از نظر محمدحسین اصفهانی، ملازمه ای میان وجوب وفا و اجبار مشروطاً علیه وجود ندارد (غروی اصفهانی، ۱۴۱۸: ۱۹۰). در مجموع بررسی های فقهی نشان می دهد امکان احراز اجماع راجع به اجبار مشروطاً علیه میسر نیست (محمدی و کدیور، ۱۳۹۵: ۲۸۴).

البته بر اساس این نظریه که مبنای الزام فروشنده بر اجرای معامله و تسلیم مورد معامله به مشتری و ممنوعیت نقض قرارداد و انعقاد معامله جدید با شخص ثالث، بنای عقلا است، شاید بتوان گفت که اگر عقلای عالم با گذشت زمان، درباره مسائل تجاری و شرایط انعقاد عقود، نظریات جدید و متفاوتی داشته باشند باید از آن پیروی کرد. بنابراین، اگر عقلا به دلیل مزایای اقتصادی نقض کارآمد قرارداد، حکم بر سودمندی نقض کارآمد بدهند، دیگر برای حکم بر الزام فروشنده بر اجرای قرارداد، مبنایی باقی نمی ماند و فروشنده می تواند با پرداخت خسارت مناسب به مشتری قرارداد را نقض کند. چنانکه اگر در اثر تحولات اقتصادی، تغییر در سیاست های اقتصادی، جنگ، تحولات سیاسی و هر علت دیگر، اوضاع و احوال و شرایط زمان قرارداد به طور اساسی تغییر کند و توازن مالی قرارداد به شدت برهم خورد، طرفین می توانند شروط قراردادی را تغییر دهند (ر.ک. کاتوزیان، ۱۳۷۸، ج ۳: ۸۷).^۸

شارع مقدس در برخورد با معاملات، رویکرد امضایی دارد و نوآوری های عرفی و عقلایی را که با افزایش کارایی، منفعت و رضایت همراه است، تشویق می کند.

۷. مطالعه تطبیقی

۷-۱. حقوق امریکا و انگلستان

سازگاری بسیاری بین این نظریه و نظام واقعی ضمانت اجرای عدم انجام تعهد در کامن لا وجود

دارد، زیرا در کامن لا اجرای اجباری تعهد، هدف نهایی نیست و مطالعه ابزارهای دریافت خسارات، نشان می‌دهد بدهکار می‌تواند قرارداد را نقض کند و خسارت پردازد. در کامن لا تقصیرهای سودآور، آزادی بیش‌تری دارند. کامن لا با محدود کردن خسارات قابل مطالبه به خسارات قطعی، مستقیم، قابل پیش‌بینی و غیرقابل اجتناب، قدم بزرگی برای پذیرش نظریه نقض کارآمد برداشته است. تمایز کامن لا با حقوق فرانسه این است که در کامن لا عمومی بودن عدم اجرای قرارداد، اثر حقوقی ندارد اما در فرانسه، تقصیر عمدی بدهکار، مسئولیتش را تشدید می‌کند (Carbonnier, 2000: 537).

در کامن لا اصل کاستن از خسارت رابطه نزدیکی با نقض کارآمد دارد و بر اساس آن در مواردی که مدیون، قرارداد را اجرا نمی‌کند، اگر بتوان موضوع تعهد قراردادی را از بازار تهیه نمود، طلبکار به دلیل رعایت تکلیف کاستن از خسارت، وظیفه دارد مورد معامله را از بازار تهیه کند. هدف این تکلیف این است که زیان‌دیده نتواند با تکیه بر اجرای اصل تعهد، از انجام آن تکلیف رها شود، زیرا تکلیف طلبکار به تهیه جایگزین مورد معامله از بازار، بسیار کارآمد است و چون طلبکار چنین تکلیفی دارد اجرای اجباری تعهد قابل مطالبه نیست. با اجرای این اصل، قلمرو اجرای اجباری اصل تعهد کاهش پیدا می‌کند (Treitel, 2003: 927).

در حقوق آمریکا و انگلیس، تکلیف به کاستن از خسارت وجود دارد و طلبکار حتی اگر سوءنیت مدیون را هم اثبات کند از این تکلیف رها نمی‌شود. با وجود قاعده کاستن از خسارت، قلمرو اجرای اجباری اصل تعهد، به صورت قابل ملاحظه‌ای کاهش می‌یابد و در اغلب موارد تعهد قراردادی، تبدیل به خسارت می‌شود و نقض قرارداد را آسان می‌کند و احتمال سودآور بودن آن را بالا می‌برد؛ چرا که مبلغ جبران خسارت نسبت به حقوق فرانسه کم‌تر می‌شود؛ زیرا جبران خسارت محدود به خسارت‌هایی می‌شود که غیر قابل اجتناب هستند. این در حالی است که در زمان عدم اجرای قرارداد، ارزیابی خسارت صورت می‌گیرد و باعث می‌شود مدیون هزینه تقصیر خود را به صورت دقیق پیش‌بینی کند. البته در برخی ایالت‌های آمریکا، نقض همراه با سوءنیت را موجب مسئولیت مدنی می‌دانند و به خسارت‌هایی تنبیهی حکم می‌دهند (Curtis, 1986: 163).

۷-۲. حقوق فرانسه

در حقوق فرانسه اجرای الزامی اصل تعهد، مانع اجرای نقض کارآمد قرارداد است؛ زیرا در حقوق

فرانسه صرف اینکه مورد تعهد را می‌توان از بازار تهیه کرد، مانع از این نمی‌شود که طلبکاری که از نقض سودآور قرارداد توسط متعهد، زیان می‌بیند نتواند اجرای اصل تعهد را، اگر ترجیح دهد، از بدهکار مطالبه کند. البته برخی حقوق‌دانان فرانسوی مدعی هستند رویه قضایی فرانسه تمایل دارد اگر تقصیر قراردادی ناشی از نقض قرارداد، سودآور باشد، حکم به اجرای اصل تعهد توسط بدهکار ندهد (Laithier, 2005: 501).

در حقوق فرانسه، قرارداد بیع از عقود رضایی و موجب انتقال مالکیت می‌شود. بنابراین، در اثر عقد بیع مبیع به ملکیت خریدار در می‌آید و فروشنده ملزم می‌شود آن را به مشتری تسلیم کند. بنابراین، اگر فروشنده یک کالا را در دو زمان متفاوت به دو نفر بفروشد، قرارداد دوم باطل است؛ زیرا با انعقاد معامله، مالکیت منتقل شده است و معامله دوم فضولی خواهد بود (ماده ۱۵۹۹ ق.م. فرانسه) و خریدار اول می‌تواند علیه فروشنده و شخص یا اشخاص ثالث، دعوی خلع ید اقامه کند. دعوی خلع ید، ناشی از حق عینی مالک است که مانع ورود نظریه نقض کارآمد به حقوق فرانسه می‌شود.

رویه قضائی فرانسه به دلیل وجود اصل جبران کامل خسارت، میزان خسارت را در زمان صدور حکم قطعی ارزیابی می‌کند که منجر به سنگینی جبران خسارت می‌شود و احتمال اینکه عدم اجرای قرارداد برای متعهد سودآور باشد بسیار کم است.

در حقوق فرانسه عمدی بودن نقض قرارداد آثار حقوقی خاصی دارد که موجب تشدید مسئولیت می‌گردد. به استناد رأی دیوان عالی فرانسه اگر مدیون تقصیری ناشی از تدلیس انجام دهد و به صورت عمدی تعهدات قراردادی‌اش را نقض کند، هر چند قصد ضرر رساندن به طرف مقابل را نداشته باشد، تقصیر قراردادی محقق می‌شود که آثار خاص خودش را به همراه دارد (Terré & et.al, 2013: 566).

به نظر می‌رسد حقوق فرانسه در ماده ۱۱۸۴ ق.م. تکلیف نظریه نقض کارآمد را مشخص کرده است. در این ماده تصریح شده است که نقض قرارداد، تنها با دخالت قضایی امکان دارد، مگر در صورتی که طرفین به صراحت شرط فاسخ را در قرارداد پیش‌بینی کرده باشند. بنابراین، بر اساس این ماده نمی‌توان به صورت یک‌طرفه قرارداد را فسخ کرد؛ اما برخی از حقوق‌دانان فرانسه معتقدند ماده ۱۱۸۴ ق.م. در سال‌های اخیر در اثر فشار دیوان عالی و آرای صادره توسط این نهاد در سال‌های ۱۹۹۸ تا ۲۰۰۳ که برای طرفین اختیار نقض قرارداد به صورت یک‌طرفه و بدون

دخالت قضایی را شناسایی نموده است، دچار نوعی تحول شده است (Stoffel, 2004: 74).

۷-۳. حقوق ایران و فقه امامیه

۷-۳-۱. اصل لزوم و اجرای عین تعهد

در اصل پذیرش نقض کارآمد در حقوق ایران موانعی وجود دارد که باعث شده برخی حقوق دانان قائل به عدم اجرای آن در حقوق ایران باشند که مهم ترین آنها، مخالفت نقض کارآمد با اصل لزوم قراردادهای و حق متعهدله بر اجبار به اجرای مفاد قرارداد می باشد. در ماده ۲۳۷ ق.م.آ آمده است:

هرگاه شرط ضمن عقد، شرط فعل باشد، اثباتاً یا نفیاً کسی که ملتزم به انجام شرط شده است، باید آن را به جا آورد، و در صورت تخلف، طرف معامله می تواند به حاکم رجوع نموده، تقاضای اجبار به وفای شرط نماید.

مخالفان نقض کارآمد در حقوق ایران به این ماده استناد می کنند و با حذف خصوصیت در بحث شروط، حکم ماده را در تمام تعهدات اصلی سرایت داده و نتیجه می گیرند در هنگامی که اجبار به انجام دادن عین تعهد، حق متعهدله باشد، متعهد، مکلف به اجرای عین تعهد بوده و جز با رضایت متعهدله و یا وقوع قوه قاهره از این تکلیف معاف نخواهند بود (ماده ۲۲۷ ق.م.). ایشان همچنین به اصل لزوم قراردادهای (ماده ۲۱۹ ق.م.) استناد کرده و اصل لزوم را هم در التزام به مفاد عقد و هم در لزوم پایبندی به قرارداد جاری دانسته اند (محمدی و کدیور، ۱۳۹۵: ۸).

اصل لزوم در قراردادهای امری اجتناب ناپذیر است، و اشکال جدی در مسیر اجرای نظریه نقض کارآمد قرارداد ایجاد می کند. حال اگر قانون گذار به دلیل فوایدی که این نظریه برای حداکثرسازی رفاه و ثروت تمام جامعه دارد اجرای آن را مفید تشخیص داد، می تواند سازوکاری وضع کند که اجرای آن را بدون آنکه با اصل لزوم در تعارض قرار گیرد از باب احکام ثانویه و ضرورت اجتماعی مجاز سازد.

اما اقوال فقها و مبنای آنان درباره امکان اجبار متعهد به اجرای عین تعهد چیست؟
چهار نظریه عمده در این باره عبارتند از:

الف) جواز اجبار؛

ب) عدم جواز اجبار (محمدی و کدیور، ۱۳۹۵: ۹)؛

ج) تفصیل میان اجبار به انجام شرطی که حق بایع است که غیرمجاز است و اجبار در انجام شرطی که حق غیر است و مجاز است، به این علت که اگر مشروط‌له بایع باشد در صورت عدم انجام شرط حق فسخ دارد، اما تحصیل شرطی که حق غیر است تنها از طریق اجبار ممکن است (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ۱۲۶)؛

د) نظر منسوب به علامه حلی که تفصیل قائل است بین زمانی که شرط از متعلقات معامله باشد همانند شرط رهن در ضمن عقد که اجبار جایز است، و بین زمانی که شرط مربوط به امر دیگر باشد که اجبار آن جایز نیست. سید یزدی در توجیه این نظریه می‌فرماید: در قسم اول، شرط در حکم خود عوضین است، و همانند اجبار به تسلیم که جایز است، اجبار به انجام دادن شرط نیز جایز است، اما شرط در قسم دوم در حکم عوضین نبوده و دلیلی بر اجبار وجود ندارد. ظاهراً این نظریه را خود سید یزدی قبول ندارد (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱، ۱۲۶).

علامه حلی در تذکره تفصیل قائل شده‌اند بین زمانی که شرط، حق‌الله باشد که اجبار جایز است و زمانی که شرط حق بایع باشد که اجبار جایز نیست (انصاری، ۱۴۱۱، ج ۳: ۳۸). ایروانی، محقق کرکی در جامع المقاصد و شهیدثانی در مسالک معتقدند اختلاف راجع به امکان یا عدم امکان اجبار ناشی از اختلاف در این است که آیا عمل به شرط واجب است یا خیر (نجفی ایروانی، ۱۴۰۶، ج ۲: ۶۷). شیخ انصاری عمل به شرط را همانند تسلیم عوضین دانسته و معتقد است با توجه به عموم ادله وجوب وفای به عقد و شرط، امکان اجبار مشروط‌علیه وجود دارد (انصاری، ۱۴۱۱، ج ۳: ۴۰). محمدحسین اصفهانی، میان وجوب وفا و اجبار مشروط‌علیه، ملازمه‌ای قائل نبوده و قائل است از وجوب وفای به عهد، نمی‌توان جواز را نتیجه گرفت و آنچه را با اجبار ملازمه دارد، تکلیف به ادای آنچه حق دیگری است، دانست و نه وجوب وفا بماهو وجوب وفا را (غروی اصفهانی، ۱۴۱۸: ۱۹۰). از آنجا که نظرهای بسیار متفاوتی در خصوص امکان اجبار مشروط‌علیه داده شده، امکان احراز اجماع وجود ندارد و باید به اصل لزوم که متعهد را در هر حال ملزم به اجرای عین تعهد می‌داند رجوع کرد.

در پایان باید متذکر شد که اجرا و قبول نظریه نقض کارآمد در حقوق ایران سهل و ساده نخواهد بود و بررسی‌های عمیق فقهی، حقوقی و اقتصادی را می‌طلبد، اما این نباید موجب کنارگذاشتن این نظریه شود. به منظور کارآمد ساختن قراردادهای و حداکثرسازی منافع و ثروت عموم، گریزی از این دست تحولات جدی در حقوق داخلی و همسوس شدن با پیشرفت‌های روز افزون جهانی وجود ندارد.

نتیجه گیری

۱. نقض کارآمد قرارداد، زمانی کارآمد است که ضررهای وارده بر متعهدله را به صورت کامل جبران کند و ضررهای وارده به متعهد کمتر از زمانی باشد که مجبور به اجرای کامل قرارداد است.
۲. نقض کارآمد برخلاف اخلاقیات نبوده و مصالح اجتماعی و اقتصادی عمومی مهم تر از مصلحت شخصی متعهد می باشد.
۳. علی رغم مشکلاتی که پذیرش نقض کارآمد در حقوق ایران دارد که مهم ترین آن مخالفت با اصل لزوم در قراردادها و اصل اجرای عین تعهد می باشد، پیشنهاد می شود کمیسیون حقوقی مجلس با کمک مرکز پژوهش های قوه قضاییه، بعد از بررسی ابعاد و معایب و مزایای این نظریه بهترین راه حل را درخصوص پذیرش و اجرای این نظریه در حقوق ایران ارائه داده و به اجرا گذارند.

پی نوشت ها

1. fortunate & unfortunate contingency
2. substitute-price formula
3. principle of justified promise – Breaking
4. loss of profit
5. loss of chance
۶. در این نظریه، بین نظام حقوق قراردادی که از اندیشه فلسفه غیرپیامدگرایی الهام می گیرد با نظام حقوقی که از فلسفه پیامدگرا الهام می گیرد تفاوت وجود دارد. بر اساس فلسفه غیرپیامدگرایی، فروشنده به حکم قانون و اخلاق مکلف به اجرای قرارداد است و حق مشتری بر الزام فروشنده به استناد قاعده مالکیت (Property rule) می باشد. اما بر اساس فلسفه پیامدگرا، فروشنده می تواند در صورتی که نقض قرارداد به نفعش باشد، قرارداد را نقض کند و مورد معامله را به ثالث بفروشد و حق مشتری بر دریافت خسارات ناشی از نقض معامله به استناد قاعده مسئولیت (Liability rule) می باشد.
7. risk averse
۸. این مسأله تحت عنوان قراردادهای قابل تعدیل در حقوق کشورهای اروپایی شناخته شده است. به عنوان مثال، شریک یک قرارداد مشارکت در ساخت و ساز، که احداث پروژه ساختمانی را بر مبنای قیمت توافق شده متعهد گردیده است، با حوادث غیرمترقبه ای مواجه می گردد که هزینه های ساخت و ساز را به چند برابر قیمت روز انعقاد قرارداد می رساند و ایفای تعهد را برای وی زیان آور می سازد. در این جا ضرورت تعدیل قرارداد، رخ می نماید (مقدری و عسکری، ۱۳۹۴: ۱۶۲-۱۴۵).

منابع

- امامی خوانساری، محمد. (بی تا) *الحاشیه الثانیه علی المکاسب*، بی جا، بی نا.
- انصاری، مرتضی. (۱۴۱۱ق.). *مکاسب*، ج ۳، قم: منشورات دارالزخائر.
- انصاری، مهدی. (۱۳۹۰) *تحلیل اقتصادی حقوق قراردادها*، تهران: انتشارات جنگل.
- رنجبر، مسعود رضا. (۱۳۷۷) *خسارت تأخیر تأدیه وجه نقد*، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، تهران: دانشگاه شهید بهشتی.
- طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم. (۱۴۲۱ق.). *حاشیه مکاسب*، قم: موسسه اسماعیلیان.
- غروی اصفهانی، محمدحسین. (۱۴۱۸ق.). *حاشیه مکاسب*، قم: انتشارات انوار المهدی.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۷۸) *دوره مقدماتی حقوق مدنی: درس هایی از عقود معین*، تهران: کتابخانه گنج دانش.
- محمدی، سام و حسام کدیور. (۱۳۹۵) «نقض کارآمد در حقوق ایران»، *مجله حقوق خصوصی*، دوره ۱۳، ش ۲.
- مقدری امیری، عباس و حکمت الله عسکری. (۱۳۹۴) *پژوهش های فقه و حقوق اسلامی*، ش ۴۱.
- نجفی ایروانی، علی بن عبدالحسین. (۱۴۰۶ق.). *حاشیه المکاسب*، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
- Birmingham, Robert L. (1969) "Breach of Contract, Damage Measures and Economic Efficiency", *Rutgers L. Rev.*, 24.
- Carbonnier, Jean. (2000) "Les Obligation", *París, Puf*, N. 153.
- Cohen, George M. (1991) "The Negligence-Opportunism Tradeoff in Contract Law". *Hofstra L. Rev.* 20.
- Cooter, Robert, & Thomas Ulen. (1997) *Law and Economics*, Addison Wesley.
- Cooter, Robert and Melvin Aron Eisenberg. (1985) "Damages for Breach of Contract". *California Law Review* 73.5.
- Craswell, Richard. (1996) "Offer, Acceptance, and Efficient Reliance". *Stanford Law Review*.
- Curtis, Linda. (1986) "Damage Measurements for Bad Faith Breach of Contract: An Economic Analysis". *Stanford Law Review*.
- Eiselen, Sieg. (2005) "Unresolved Damages Issues of the CISG: A Comparative Analysis". *Comparative and International Law Journal of Southern Africa* 38.1.
- Epstein, Richard A. (1999) "Contracts Small and Contracts Large:

- Contract Law through the Lens of Laissez-faire”. *The Fall and Rise of Freedom of Contract*, 25.
- Friedman, David D. (1989) “An Economic Analysis of Alternative Damage Rules for Breach of Contract”. *The Journal of Law and Economics* 32.2, Part 1.
 - Lahav, Gil. (2000) “A Principle of Justified Promise-Breaking and Its Application to Contract Law”. *NYU Ann. Surv. Am. L.* 57.
 - Laithier, Yves-Marie. (2005) “Comparative Reflections on the French Law of Remedies for Breach of Contract”. Cohen, N.-McKendrick, E.(editores), *Comparative Remedies for Breach of Contracts*.
 - Posner, Richard A. (1979) “Utilitarianism, Economics, and Legal Theory”. *The Journal of Legal Studies* 8.1, pp. 103-140.
 - ———. (2014) *Economic Analysis of Law*, Wolters Kluwer Law & Business.
 - Shavell, Steven. (2009) *Foundations of Economic Analysis of Law*, Harvard University Press.
 - Stoffel-Munck, Philippe. (2004) “Le Contrôle a Posteriori de la Résiliation unilatérale”. *Droit et patrimoine*, 126.
 - Sutton, Jeffrey S. (1989) *Measuring Damages Under the United Nations Convention on the International Sale of Goods*, Ohio St. LJ 50.
 - Terré, François, Philippe Simler and Yves Lequette. (2013) *Droit Civil. Les Obligations*, Dalloz.
 - Treitel, Guenter Heinz. (2003) *The Law of Contract*, Sweet & Maxwell.

مقایسه اعمال نفوذ ناروا در حقوق انگلستان با اکراه و اضطرار در حقوق ایران

محسن اسماعیلی^۱

کاظم شعبانی^۲

چکیده: در حقوق انگلستان دادگاه‌های انصاف به دلیل محدودیت دایره اکراه و به‌منظور جبران خسارت زیان‌دیدگان، قاعده نفوذ ناروا را ایجاد کرده و گسترش داده‌اند. این نهاد حقوقی، مستند قانونی شخصی واقع می‌شود که در امضای عقد تحت نفوذ شدید دیگری، مثلاً والدین خود، بوده است؛ بنابراین قانوناً متعهد عقدی که امضا کرده به حساب نمی‌آید. اعمال نفوذ ناروا، یکی از دلایل غیرمنصفانه بودن قرارداد است که موجبات قابلیت ابطال آن را فراهم می‌کند.

اکراه و اضطرار موجود در فقه و قوانین ما تا حدودی از اراده افراد ضعیف و تحت تأثیر حمایت می‌کنند. اکراه در صورت تهدید و منتفی شدن رضا موجب عدم نفوذ قرارداد می‌شود. اضطرار نیز به‌طور کلی تأثیری در صحت معامله ندارد و فقط رافع مسئولیت کیفری است. از سوی دیگر، سوءاستفاده از اضطرار و معاملات اضطراری اکراهی (یعنی مواردی که اضطرار عمداً توسط دیگری ایجاد شده) به نفوذ ناروا شباهت دارند که این دو نیز به‌صراحت مورد تأیید و حمایت مقنن قرار نگرفته‌اند. با بررسی و مقایسه این دو نهاد، لزوم اصلاح قواعد مرتبط در نظام حقوقی ما اثبات می‌گردد.

کلیدواژه‌ها: نفوذ ناروا، اکراه، اضطرار، عیوب اراده، معاملات اضطراری اکراهی.

E-mail: esmaeili1344@ut.ac.ir

۱. دانشیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

۲. دانش آموخته مقطع کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه امام صادق (ع)

E-mail: kazem.19sh@gmail.com

دریافت مقاله: ۱۳۹۷/۵/۹ تأیید مقاله: ۱۳۹۷/۷/۶

مقدمه

نفوذ ناشی از برخی روابط و مناسبات خاص، فی نفسه نه تنها مذموم نیست، بلکه به تحکیم روابط اجتماعی و حل بسیاری از چالش‌های جامعه و اختلافات موجود بین مردم کمک می‌کند. استفاده از نفوذ معنوی، چنانچه به شکل صحیح اعمال شود حتی می‌تواند آنچه را که حکومت از حل آن عاجز است به نیکی فیصله دهد. باوجوداین، اعتماد ناشی از همین روابط یا تأثیرپذیری یک‌طرف از طرف دیگر، ممکن است موجب سوءاستفاده طرف دیگر قرارداد شود. این موضوع گاه قرارداد را چنان تحت تأثیر قرار می‌دهد که در حالت عادی و بدون روابط خاص، احتمال انعقاد چنین قراردادی ضعیف است. ازاین‌رو لازم است طرفی که متأثر از چنین روابطی مبادرت به انعقاد قرارداد می‌کند مورد حمایت قرار گیرد.

این موارد، ذیل عنوان نفوذ ناروا در کتب حقوقی انگلستان و آرای دادگاه‌های این کشور به تفصیل مورد بحث و بررسی قرار گرفته است، ولی در حقوق ایران چنین نهادی وجود ندارد. بین اکراه و اضطرار و، بیش از این دو، معاملات اضطراری اکراهی در حقوق ایران با اعمال نفوذ ناروا در انگلستان علی‌رغم وجود تفاوت‌های ماهوی، تشابهاتی نیز وجود دارد. به‌علاوه در فقه ما، برای قصد و رضای متعاقدين، قواعد متعددی ذکر شده و از این نظر جزو غنی‌ترین منابع حقوقی و متعهدترین آنها نسبت به عوامل معنوی مؤثر در عقد است. نهاد اجبار علی‌رغم شباهت با اکراه و اضطرار از حیث ثانویه بودن و رفع عقوبت، در تحقق و اثر، تفاوت‌هایی دارد که از موضوع بحث ما خارج است. به‌طور کلی می‌توان گفت در اجبار، اراده کاملاً از شخص مجبور سلب می‌شود؛ درحالی‌که در اکراه و اضطرار عنصر اراده وجود دارد (ر.ک: شعبانی، ۱۳۹۵: ۱۲۸-۱۳۱).

۱. تعاریف

در این قسمت برآنیم تا تعاریفی را که از نهادهای حقوقی نفوذ ناروا، اکراه و اضطرار ارائه شده بیان نموده و از این طریق تفاوت‌های آن دو را آشکار نماییم. در ابتدا مناسب است توضیحی اجمالی پیرامون «اراده» در فقه و حقوق ایران بیان شود.

قانون مدنی ایران از اکراه در چند ماده از فصل دوم کتاب دوم در مبحث «قصد و رضای طرفین» (در شرایط اساسی برای صحت معامله) بحث می‌کند و آن را از عیوب رضا و در نتیجه

موجب عدم نفوذ عقد می‌داند. دسته‌ای از حقوق‌دانان اراده را مفهومی بسیط و تجزیه‌ناپذیر می‌دانند، ولی قانون مدنی ایران به پیروی از فقه امامیه اراده را مشتمل بر دو عنصر «قصد» و «رضا» دانسته (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ج ۱: ۲۴۶؛ بروجردی عبده، ۱۳۸۰: ۱۱۹) و با توجه به احکام قانونی مربوطه مانند مواد ۱۹۴، ۱۹۵ و ۱۰۷۰ ق.م. معلوم می‌شود در هر مورد که قصد یکی از طرفین به انجام معامله به نحوی زایل گردد، آن معامله باطل است و هرگاه در رضای شخص اختلالی وجود داشته باشد، آن عقد، غیر نافذ خواهد بود.

با توجه به مواد ۱۹۹ و ۲۰۰ ق.م. می‌توان گفت که در حقوق ایران دو عنصر «اشتباه و اکراه» مانع اراده محسوب می‌شوند (امامی، ۱۳۸۱، ج ۴: ۳۹؛ کاتوزیان، ۱۳۸۰: ۲۴۵)؛ لذا عقدی را که بر مبنای اکراه واقع شده می‌توان تنفیذ یا ابطال نمود. جعفری لنگرودی بر این باور است که:

برای تحقق قصد انشاء باید قاصد قبلاً سود و زیان کاری را که باید قصد کند، بسنجد. وجود حالت اجبار مانع از سنجش منافع و مضار است و بالتجیه مانع تحقق قصد می‌شود. بنابراین نبودن اجبار شرط تحقق قصد انشاءست (جعفری لنگرودی، ۱۳۴۰: ۱۰۱).

در فقه یکی از شرایط متعاقدين، اختیار است و مقصود از آن را قصد به مضمون عقد با طیب نفس (در مقابل اکراه) می‌دانند و بر این مطلب دعوی اجماع شده و به روایات زیر استناد شده است:

۱- «لا یحلّ مال امرء مسلم إلا عن طیب نفسه»؛

۲- «رُفِعَ (أو وُضِعَ) عن أمتی تسعة (أو ستّة) أشياء ... ما أكرهوا علیه» (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۱: ۱۱۸).

صرف نفوذ و قدرت معنوی از یک طرف قرارداد بر دیگری مذموم نمی‌باشد و چنانچه امر نامشروع و غیرقانونی صورت نگیرد، نمی‌توان قراردادی را که تحت تأثیر آن واقع شده ناصحیح تلقی نمود، اما چنانچه یک طرف قرارداد از نفوذ خود بر طرف دیگر به گونه‌ای استفاده کرده باشد که وی وادار به انعقاد قرارداد شده باشد، آیا می‌توان صرف این نفوذ معنوی را اکراه تلقی کرد؟ پاسخ این پرسش هم در نظام حقوقی کامن لا و هم حقوق ما منفی است.

۱-۱. اکراه

از نظر لغوی گفته شده که: «الکُره بالضم ما اکرهت نفسك علیه و بالفتح ما اکرهک غیرک علیه.

تقول: جتک گُرهاً و ادخلتنی گُرهاً». (ابن منظور، ۱۴۰۸، ج ۱۲: ۸۰). «گُره» یعنی آنچه نفس تو از آن کراهت دارد. «گُره» یعنی آنچه دیگری تو را بر آن وادار می‌کند.

«اکراه» در لغت به معنای ناپسند و ناخوش داشتن، ناچار کردن و ناخرسند بودن نیز آمده است (شمیم، ۱۳۷۹: ۵۴). این کلمه از باب افعال و مصدر متعدی است که به معنای واداشتن شخصی به انجام کاری است که برای وی ناپسند و ناخوشایند است. این اجبار و واداشتن باید مقرون به قهر و جبر باشد. عبارت اکثر اهل لغت این است: «أكره فلاناً على أمرٍ أی حَمَلَهُ عليه قَهراً: کسی را بر امری اکراه کرد یعنی او را به قهر و اجبار وادار به آن نمود (ابن منظور، ۱۴۰۸ ج ۱۲: ۸۰؛ احمد بن فارس بن زکریا، ۱۳۹۹، ج ۵: ۱۷۲).

در اصطلاح حقوق ایران، اکراه و اجبار به‌طور مترادف استعمال شده‌اند؛ با این تفاوت که اکراه به معنای اجبار، بیش‌تر در مواردی به کار می‌رود که شخصی دیگری را تهدید کرده و قدرت مصدوم کردن او را داشته باشد و مکره نتواند از خود دفاع کند (بروجردی عبده، ۱۳۸۰: ۱۱۸). هرگاه کسی بر اثر تهدید و جبر به معامله ناخواسته‌ای وادار شود، اکراه محقق گردیده است. نتیجه تهدید، از بین رفتن آزادی اکراه شونده در تصمیم‌گیری و معلول گردیدن اراده وی است. پس در اکراه دو عامل عمده وجود دارد:

۱- اقدام نامشروعی که وسیله اجبار می‌شود؛

۲- ترسی که در نتیجه تهدید در ضمیر مکره رخنه می‌کند (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ج ۱: ۴۹۴).

با توجه به تعاریف اساتید حقوق ایران و بررسی مواد مربوط به اکراه قانون مدنی ایران می‌توان اکراه را چنین تعریف کرد: اجبار نامشروع شخص به انجام یک عمل حقوقی بدون رضایت وی.

۲-۱. اضطرار

«اضطرار» در لغت، مصدر باب افتعال از واژه «ضرر» و به معنای ناچار شدن، ناگزیر شدن، بیچاره شدن و بی‌پناه ماندن است (انصاری و طاهری، ۱۳۸۸، ج ۱: ۳۳۶). در *لسان العرب* آمده است: «الاضطرار الاحتياج الى الشيء و الضرورة اسم مصدر لمصدر الاضطرار». در *مجمع البحرين* و *مفردات* راغب اصفهانی نیز قریب به این معنا آمده است. مقدس اردبیلی در تعریف اضطرار می‌گوید: «الاضطرار ما لم يمكن الصبر عليه مثل الجوع»: اضطرار یعنی آنچه صبر بر آن ممکن نباشد مانند گرسنگی (محقق اردبیلی، ۱۱۵۴، ج ۱: ۳۶۳). علامه حلی در تعریف «مضطر» نوشته است:

مضطرب کسی است که در شرایطی قرار گرفته که برای تلف نفس خود دچار خوف می‌شود (علامه حلی، ۱۴۰۴، ج ۳: ۳۳۳). این دو تعریف در اصطلاح منطق مانع اغیار نیست و شامل غیر اضطرار هم می‌شود. عبدالقادر عوده بدون آنکه در مقام تعریف اضطرار باشد آن را قرار گرفتن شخص در شرایط و موقعیت تهدیدآمیز دانسته که خروج از آن مقتضی ارتکاب فعلی است. این شرایط و موقعیت، اغلب اکراه را که عوامل انسانی در آن دخیل است از شمول تعریف خارج می‌کند. در عرف، مراد از «اضطرار» عبارت است از وارد شدن چیزی بر فرد که موجب ناخشنودی وی شود و بر دو نوع است:

یکی اضرار و زیان به علت امری خارجی، مثل کسی که تهدید و مضروب می‌شود تا در اثر فشار، امری به او تحمیل شود.

دیگری اضرار و زیان به واسطه امری درونی که از خود انسان است یا به وسیله فشار و نیرویی که امکان نابودی و اتلاف برای رفع و چاره‌جویی آن نیرو به او دست نمی‌دهد، مثل کسی که مقهور شرب خمر یا قمار می‌شود و این حالت بر او غلبه پیدا می‌کند و یا به دلیل فشار، امر زیانمندی که چاره‌ای برای دفع آن فراهم می‌شود و بر او غلبه دارد؛ مثل کسی که گرسنگی او را به سختی انداخته و ناچار به خوردن گوشت مردار می‌شود.

«اضطرار» نه نام آن شرایط است و نه صرف وجود شخص در آن شرایط، بلکه صفتی است که در اثر قرار گرفتن در آن شرایط و موقعیت تهدیدآمیز بر وی عارض می‌شود.

در قرآن کریم نیز اضطرار در همین معنی استفاده شده است.^۱ اضطرار حالتی است که در آن، باوجود آنکه تهدیدی از خارج متوجه شخص نمی‌گردد، ولی از درون فشاری او را به انجام کاری وادار می‌کند که نسبت به آن رضایت کامل ندارد؛ یعنی هرچند اراده انجام آن را دارد، اما این اراده با رضایت و خرسندی درونی همراه نیست. از نظر حقوقی نیز مفهوم اضطرار با معنای لغوی آن هماهنگ، و عبارت است از ناچاری و سختی و ناعلاجی در امری که محرّمات بدان مباح و واجبات حرام می‌شود و آن‌هم به دلیل این است که در این حالت، مسأله ضایع شدن، نقص و تلف در میان است.

بنابر مشهور فقها «اضطرار» عبارت است از بیم عقلایی (نه صرف پندار) از رسیدن زبانی که معمولاً نسبت به فعل یا ترک کاری قابل تحمّل نیست، خواه نسبت به خود باشد یا فردی که حفظ او بر او واجب است، و ضرر نیز جانی یا مالی و یا حیثیتی و ناموسی باشد. ضرر جانی نیز در حدّ

کشته شدن باشد یا نقص عضو یا پیدایی بیماری یا شدت پیدا کردن آن یا طولانی شدن دوره درمان یا مشکل شدن مداوا و یا پیدایی عارضه‌ای که منجر به یکی از آنها شود (نجفی، ۱۳۶۵، ج ۳۶: ۴۲۶-۴۲۷؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ ج ۱۲: ۱۱۳؛ نراقی، ۱۴۱۵، ج ۱۵: ۲۱-۲۰).

از مجموع تعاریفی که ذکر شد نتیجه می‌گیریم که مضطر کسی است که در مقام و موقعیت خطر قرار گرفته و ناچار به ترک واجب و یا انجام عمل حرام گردیده و برای حفظ موضوع اهم، ناچار به از بین بردن موضوع مهم شده است؛ درحالی‌که عمل مزبور در شرایط عادی از طرف شارع و قانون‌گذار نهی گردیده بود.

۲. مقایسه اکراه با اضطرار

همان‌گونه که بیان شد، «اکراه» عبارت است از محدود و مغلوب شدن اراده شخص مکره در مقابل اراده شخص یا اشخاص دیگر به سبب تهدید و ترسی که بر شخص مکره عارض می‌شود. به عبارت دیگر، اکراه عبارت است از وادار نمودن فرد بر انجام کاری که اگر بیم از زیان مادی، معنوی یا جسمی ناشی از تهدید اکراه کننده نبود، آن را انجام نمی‌داد (دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت^(ع)، ۱۴۳۰، ج ۱: ۶۳۰). درحالی‌که «اضطرار» باعث محدودیت اراده نمی‌شود و فقط رضایت را مخدوش می‌نماید. میان مکره و مضطر تشابهات و تفاوت‌هایی به شرح ذیل وجود دارد:

۲-۱. تشابهات

۱- هر دو در معرض خطر و در اوضاع و احوال تهدیدآمیز هستند که در صورت عدم ارتکاب فعل و اقدام به موقع ورود ضرر یا تلف نفس اتفاق خواهد افتاد.

۲- تنها راه رهایی از تهدید و فرار از خطر به وجود آمده، ارتکاب عملی است که در شرایط عادی محرم و محظور است.

۳- شرایط روحی و اوضاع روانی فردی که به ورطه اکراه یا اضطرار افتاده به نوعی است که فرد خود را درمانده و ناگزیر می‌بیند که یا باید خطر را بپذیرد و بگذارد که تهدید صورت گرفته عملی شود و یا مرتکب فعل حرامی گردد.

۴- اکراه و اضطرار هر دو از عناوین ثانویه هستند که عنوان شرعی فعل ارتكابی را از حرام به مباح تبدیل می‌کنند و موجب سقوط مسئولیت جزایی و رهایی عامل از مجازات می‌شوند.

۵- هر دو عنوان موجب فقدان رضا و طیب نفس فاعل می‌گردد (ر.ک: محقق داماد، ۱۳۸۴، ج ۴: ۹۵).

۲-۲. تفاوت‌ها

- ۱- موقعیت مکره و مضطر و شرایط و اوضاع و احوال حاکم بر آن دو متفاوت است.
- ۲- آنچه موجب وقوع اضطرار در مضطر می‌شود با آنچه سبب بروز اکراه می‌گردد (منشأ خطر و تهدید) تفاوت دارد (محقق داماد، ۱۳۸۴، ج ۴: ۱۲۷).
- شرایط و موقعیت تهدیدآمیز در اضطرار به‌طور طبیعی و بدون دخالت عوامل انسانی ایجاد شده است و شخص در اثر آن عوامل طبیعی خود را در موقعیت و اوضاع و احوالی می‌بیند که خروج از آن بدون ارتکاب فعل حرام ممکن نیست؛ مثلاً درجایی که فرد دچار گرسنگی یا تشنگی شدید است و غذا یا آب کافی برای سدّ جوع و عطش ندارد، لذا از سر ناچاری اقدام به ارتکاب فعل محرمی چون سرقت غذا و نوشیدنی یا خوردن گوشت مردار می‌نماید. در نقطه مقابل، منشأ خطر و تهدید در اکراه همواره یک عامل انسانی و فرد خارجی است که با اتکا به قدرت و توانایی خود یا سوءاستفاده از موقعیت خویش دیگری را به‌سوی انجام عمل ناروا سوق می‌دهد.
- مکره برای رهایی از تهدیدات به‌ناچار مرتکب عمل موردنظر می‌شود که در شرایط عادی مبادرت به انجام آن نمی‌کرد. اضطرار سبب فساد اراده و اختیار مضطر نمی‌شود؛ اما اختیار و اراده مکره محدود است. به همین دلیل و به اعتقاد بسیاری از فقها، اضطرار و اکراه هرچند در رفع حکم تکلیفی مشترکند، از حیث تأثیر در حکم وضعی متفاوتند (محقق داماد، ۱۳۸۴، ج ۴: ۱۲۸). درواقع هر دو باعث سقوط تکلیف و مجازات می‌شوند، اما فقط اکراه، حکم وضعی را زایل می‌کند و مضطر در قبال آثار وضعی عمل خود مسئولیت دارد.
- ۳- تفاوت در انگیزه و داعی مکره و مضطر می‌باشد. داعی مکره رفع ضرری است که مستقیماً با آن مواجه شده است اما انگیزه مضطر، رفع ضرورتی است که فارغ از منشأ بیرونی یا درونی، در آن واقع شده است (محقق داماد، ۱۳۸۴، ج ۴: ۹۵-۹۶).

۳. نفوذ ناروا

عبارت «Undue Influence» در لغت از دو کلمه تشکیل شده است. معنای لغوی «Undue»

زاید و بی‌جهت، غیرضروری، ناروا، نامشروع، ناحق، موعد نرسیده و زیادی است (حییم، ۱۳۷۳: ۷۵۶؛ رضائی نوری، ۱۳۸۰: ۷۶۲؛ گروه مؤلفان، ۱۳۷۸: ۵۴۵؛ Ruse & Hornby, 1991: 684). معنای لغوی «Influence»، نفوذ، اعتبار، تأثیر، تفوق، تحت نفوذ خود قرار دادن، تحت تأثیر خود قرار دادن است. (حییم، ۱۳۷۳: ۳۱۲؛ رضائی نوری، ۱۳۸۰: ۳۷۶؛ گروه مؤلفان، ۱۳۷۸: ۲۷۱؛ Ruse & Hornby, 1991: 328). لذا معنای لغوی عبارت Undue Influence، اعمال نفوذ ناروا، سوءاستفاده از نفوذ خود و اختلاس از راه اعمال نفوذ می‌باشد.

قاضی لندلی می‌گوید: «همان‌طور که هیچ دادگاهی تقبل را تعریف نکرده، هیچ دادگاهی نیز نفوذ ناروا را به دلیل تنوع آن تعریف ننموده است» (Smith, 1992: 639). در حقیقت این قاعده انصافی تعریف مشخص و مستدل به حکمی در دادگاه‌های انگلستان ندارد و به فراخور پرونده‌های مختلف، توضیحاتی پیرامون آن ذکر شده است.

مفهوم اصطلاحی اعمال نفوذ ناروا با مفهوم لغوی آن ارتباط مستقیمی دارد و عبارت است از نفوذی که شخص را از اعمال نمودن اراده و نظر مستقل خویش در خصوص هر معامله بازمی‌دارد. یک قرارداد یا هبه ناشی از اعمال نفوذ ناروا در معرض ابطال به وسیله دادگاه‌هاست.

ریشه کلی این قاعده را باید در اصالت اراده و لزوم رضا جست. به نوشته چشایر، فیفوت و فارمستون، از آنجا که توافق وابسته به رضاست، باید استنباط شود که توافقات به دست آمده از طریق تهدید یا ترغیب و تشویق ناروا، نارسا هستند (Cheshire & Fifoot & Furmston, 1972: 280).

اگرچه در این موضوع، قاعده اکراه در راستای احقاق حق گام برمی‌دارد، اما با توجه به کمبودهای این قاعده عرفی، دادگاه انصاف در انگلستان، قاعده عام‌تر و کامل‌تر نفوذ ناروا را برای تضمین رضایت طرفین قرارداد و پرهیز از تقلب (فرا تر از ترس) پدید آورد. آشبرنر این نظریه را به‌وضوح این‌طور توضیح می‌دهد:

در دادگاه انصاف اگر «الف» منفعتی از «ب» به دست آورد، چه ذیل قرارداد یا به‌عنوان هدیه، با اعمال نفوذ در «ب» به نحوی که از نظر دادگاه، «ب» از اعمال قضاوت و حکم شخصی در موضوع محل نزاع ناتوان شود، «ب» می‌تواند قرارداد را کنار بگذارد (فسخ کند) یا هدیه را پس بگیرد. علاوه بر این، در پرونده‌های خاص، ارتباط بین «الف» و «ب» باید اینگونه باشد که «الف» از اعمال نفوذ بر «ب» دستاوردهای مشخصی به دست آورد. اگر در چنین وضعیتی «الف» وارد قرارداد با «ب» شود یا از

او هدیه‌ای دریافت دارد، دادگاه در صورت درخواست «الف» برای الزام «ب» به معامله، علیه «الف» حکم به مسئولیت اثبات این امر را می‌دهد که درواقع بدون هرگونه نفوذی موضوع قرارداد را از آن خود کرده است (Ashburner, 1993: 299).

مولکاهی آورده است: «نظریه انصافی گسترده‌تر نفوذ ناروا به موازات اکراه توسعه یافت تا مانع بی‌انصافی و بی‌عدالتی معاملاتی شود» (Mulcahy, 2008: 146).
نظریه اعمال نفوذ ناروا شامل انواع فشاری است که نسبت به اکراه، غیرمستقیم‌تر و غیرمهم‌تر می‌باشند (حسن‌زاده، ۱۳۸۷ و ۱۳۸۸: ۱۰۵).

انسون نیز می‌گوید: «واژه نفوذ ناروا بعضاً توسط دادگاه‌ها برای توصیف نظریه انصافی اجبار به کار می‌رود و به آن ارجاع داده می‌شود، اما اشکالی از فشار را در بردارد و شاید مناسب باشد که منحصر شود به آنها که شامل فشاری به مراتب غیرمستقیم‌تر و کم‌تر از موارد بحث شده (اجبار و اکراه) هستند». این مسأله جایی پیش می‌آید که طرفین قرارداد باهم روابط معتمدانه‌ای داشته باشند به نحوی که یکی از ایشان را در موقعیت اعمال نفوذ و تأثیر بر دیگری قرار دهد و این نفوذ به خودی خود، طبیعی و مناسب باشد اما ظرفیت سوءاستفاده ناعادلانه و غیرمنصفانه را دارد (Anson, 1961: 232-233).

همان‌طور که او اشاره می‌کند یکی از موارد شایع نفوذ ناروا و به نحوی خاستگاه پروبال یافتن این شاکله، پرونده‌های مربوط به وام و ضمانت‌های بانکی بود. وی می‌نویسد:

مناسب است اشاره شود که ممکن است دادگاه با در نظر گرفتن همه شرایط پرونده، در میان همه افراد و قیمت‌های دیگر ضمانت داده‌شده برای وام؛ با معامله، به صورت خشن و غیرمعمول برخورد نماید؛ نه لزوماً به این دلیل که تعدی شده یا منفعتی از یک طرف قرارداد توسط طرف دیگر اخذ شده است، بلکه به این علت که میزان منفعت بیش از حد است (Anson, 1961: 238).

این نظریه به وسیله دادگاه‌های انصاف توسعه یافته و مواردی را در برمی‌گیرد که اکراه تلقی نمی‌شود، اما یکی از طرفین از موقعیت برتر خود و نفوذی که روی دیگری دارد برای وادار کردن او به انعقاد قرارداد زیان‌بار، سوءاستفاده می‌کند. اعمال نفوذ ناروا زمانی به وجود می‌آید که یکی از طرفین به طرف دیگر اعتماد یا وابستگی دارد و شخص مقابل بر اثر این اعتماد و وابستگی، بر روی طرف مقابل نفوذ خود را اعمال می‌نماید. همان‌طور که گفته شد این نفوذ کاملاً طبیعی و صحیح

است اما به طور ناعادلانه‌ای اعمال می‌شود. پس تفاوت نفوذ ناروا با اکراه مشخص می‌گردد. بر این اساس، در اکراه رضایت فرد در اثر تهدید ناروا زایل شده و باید او را مورد حمایت قانونی قرار داد اما در اعمال نفوذ ناروا، سوءاستفاده از اعتماد رخ داده و در اثر آن، رضا مخدوش شده است. قانون انگلستان از این رضایت مخدوش حمایت می‌کند.

۳-۱. اقسام نفوذ ناروا

نفوذ ناروا بر اساس شرایط و نوع فشار و نفوذ اعمال شده و رابطه طرفین به دو دسته کلی «واقعی» و «فرضی» (مفروض) تقسیم می‌شود. دسته نفوذ ناروای فرضی نیز خود به دو گروه «روابط خاص» و «روابط مبتنی بر اعتماد واقعی» منقسم می‌شود. به نوشته سِر انسون، در دو جا به نفوذ ناروا حکم می‌شود: اول جایی که طرف متهم بر دیگری نفوذ ناروا اعمال کرده که مصداقی از تسلط و چیرگی بر اوست. دوم جایی که از اعتماد و تکلیف حمایت و مراقبت [عامل نفوذ از قربانی آن] (مانند شوهر و همسر یا پدر و فرزند)، سوءاستفاده‌ای صورت گرفته که نفوذی توسط یکی از طرفین بر دیگری تحمیل شده است، به عنوان نتیجه رابطه خاص و از شرایط معاشرت آن دو پدیدار می‌شود (یعنی نوع خاص رابطه طرفین مستلزم شکلی از اعتماد و اتکاست که از آن برای تحمیل قرارداد بر دیگری سوءاستفاده شده است) (- Anson, 1961: 232, Cartwright 2013: 186). (187)

البته در برخی کتب، اساتید موارد خدشه به اراده را به صورت کلی و به نوعی دیگر دسته‌بندی کرده‌اند. به عنوان مثال، دکتر کالینز تقسیم‌بندی دیگری را در کتاب خود مورد اشاره قرار داده که تمامی انواع نفوذ ناروا، یعنی موارد خدشه ضعیف‌تر از اکراه به اراده را در برمی‌گیرد. او می‌نویسد:

چهار موقعیت گسترده شناسایی شده‌اند که در آنها اجازه تقاضای دادرسی و جبران خسارت داده شده است. این موارد عبارتند از:

- ۱- جایی که فرد وابسته تصمیم به ورود یا عدم ورود به قرارداد را به انتخاب و نظر دیگری تفویض می‌کند.
- ۲- جایی که فرد غالب و برتر، بر طرف ضعیف‌تر فشاری کم‌تر از اکراه وارد می‌نماید.

- ۳- جایی که طرف غالب از جهل تجاری طرف ضعیف‌تر، منفعت کسب می‌کند.
- جایی که انحصار مؤثری وجود دارد (Collins, 2003: 144).

ما در اینجا همان دسته‌بندی متداول را دنبال خواهیم کرد که صرفاً خود نفوذ ناروا را مورد مذاقه قرار داده است. بر اساس نوشته‌های فارمستون و ریچاردز، در گذشته دادگاه‌ها قراردادهای قابل فسخ را به دلیل نفوذ ناروا به دو دسته تقسیم می‌کردند: آنهایی که بین طرفین رابطه خاصی وجود ندارد و آنهایی که طرفین قرارداد چنین رابطه‌ای دارند. نوع اصلاح‌شده‌ای از این تقسیم‌بندی در پرونده بانک بارکلیز علیه اوبراین (Barklays Bank PLC V. Obrien 1994) توسط مجلس اعیان تأیید شده است. این پرونده تقسیم ذیل را تأیید نموده است.

۱-۳. نفوذ ناروای واقعی

در اعمال نفوذ ناروای واقعی بایستی اثبات شود که یک طرف در حقیقت بر روی طرف دیگر اعمال نفوذ کرده و به دلیل این نفوذ، قرارداد منعقد شده است؛ یعنی اعمال نفوذ و انعقاد قرارداد با یکدیگر رابطه مستقیم دارند. به عبارت دیگر:

در این پرونده‌ها ضروری است خواهان به‌طور مؤثری ثابت کند که متخلف روی شاکی نفوذ ناروا اعمال کرده است تا او را وارد قرارداد خاصی کند که اکنون مورد اعتراض قرار گرفته است (Furmston, 2007: 392).

این نوع نفوذ ناروا وقتی به وجود می‌آید که رابطه خاصی بین طرفین قرارداد نیست و از اعتماد مشخصی سوءاستفاده نشده است (Richards, 2001: 229). پرونده‌های نفوذ ناروای واقعی می‌توانند با شکلی از فشار که برای ایجاد اکراه لازم است، برابر تلقی شوند. به‌طور مثال، مورلی علیه لافنان^۲، ویلیامز علیه بیلی^۳ و CIBC علیه پیت^۴ (Poole, 2006: 571-572).

۲-۳. نفوذ ناروای فرضی

در این قسم، قربانی باید نشان دهد که ارتباطی مبتنی بر اعتماد و اطمینان بین او و متخلف وجود داشته است (Richards, 2001: 230). به گفته فارمستون، در پرونده‌های این دسته، شاکی در گام اول فقط باید نشان دهد که رابطه‌ای بر اساس اعتماد و اتکای بین او و متخلف وجود دارد و نظر به طبیعت این رابطه منصفانه است که فرض شود متخلف از این ارتباط برای تحریک خواهان به ورود به قرارداد مورد اعتراض، سوءاستفاده کرده است. در دسته دوم نیازی به ارائه شواهد مبنی بر اینکه نفوذ ناروا برای قرارداد خاص مردود و مورد اعتراض اعمال شده، نیست. هر جا رابطه

مبتنی بر اعتماد ثابت شود، بار اثبات به گردن متخلف می‌افتد تا ثابت کند که مدعی نفوذ، اراده مستقل خود را به صورت آزادانه در قرارداد دخیل کرده است. ابتدایی‌ترین روش اثبات این امر آن است که طرف مقابل ثابت کند زیان دیده قبل از ورود به معامله و انعقاد قرارداد، از طریق مشاوره مستقل به آگاهی‌های لازم رسیده است. مشاوره مزبور باید بی‌طرفانه، کامل و مبتنی بر آگاهی از تمام حقایق مربوط به قرارداد باشد. چنین رابطه معتمدانه‌ای می‌تواند از دو راه حاصل شود:

الف) رابطه خاص (مانند وکیل و موکل یا پزشک و بیمار) قانوناً این فرض را ایجاد می‌کند که نفوذ ناروا اعمال شده است (Furmston, 2007: 392).

ب) حتی اگر رابطه‌ای چون بند الف نباشد، چنانچه شاکی وجود بالفعل ارتباطی را ثابت کند که به خاطر آن با آسودگی به متخلف، اعتماد و اتکاء کرده است، وجود چنین رابطه‌ای فرض نفوذ ناروا را ایجاد می‌کند. بنابراین در پرونده‌های دسته اخیر، در غیاب مدارک رد نفوذ ناروا، خواهان می‌تواند در نقض معامله موفق شود، تنها با اثبات اینکه به متخلف اعتماد و اتکا کرده؛ بدون آنکه نیاز باشد که ثابت کند متخلف، نفوذ ناروای واقعی اعمال کرده یا، به عبارت دیگر، از آن اعتماد و اتکا در رابطه با قرارداد خاص مورد اعتراض سوءاستفاده کرده است (Furmston, 2007: 392-393).

در دسته اول (نفوذ واقعی) و گروه ب از دسته دوم (نفوذ مفروض بدون رابطه خاص) کسی که می‌خواهد قرارداد را نقض کند، نمی‌تواند به شکل ساده فقط به رابطه با طرف دیگر قرارداد استناد کند و انصاف، نفوذ ناروا را مفروض دارد. تفاوت آنجاست که در دسته اول، نفوذ ناروا با توجه به معامله خاص، نشان داده می‌شود اما در گروه ب از دسته دوم، نفوذ ناروا از این حقیقت استنباط می‌شود که رابطه، اگرچه فرض نفوذ ناروا را ایجاد نمی‌کند، می‌تواند نشان‌گر این حقیقت باشد که یکی از طرفین عادت کرده تا در مقابل دیگری از خود ضعف نشان دهد و تسلیم او شود. این مسأله احتمالاً بهتر از همه‌جا می‌تواند با مثال زن و شوهر فهمیده شود. واضح است که هیچ نفوذ ناروایی بین شوهر و همسر مفروض نیست و لذا این رابطه جزو دسته دوم الف نخواهد بود. مسلماً موضوع اینجاست که در برخی ازدواج‌ها، یکی از طرفین هر کاری را که دیگری بخواهد انجام می‌دهد. اگر این مسأله قابل‌نمایش باشد، ما در دسته دوم هستیم. در مقابل ممکن است نشان داده شود که در ارتباط با قرارداد مشخص، یکی از طرفین توسط طرف دیگر مغلوب شده است (لذا دعوی مربوط به دسته اول می‌باشد) (Furmston, 2007: 393).

۴. آثار

در این قسمت نتایج و آثار ناشی از اعمال نفوذ ناروا در حقوق انگلستان را با آثار اکراه و اضطرار در فقه امامیه و حقوق ایران مقایسه خواهیم نمود.

۴-۱. مقایسه اعمال نفوذ ناروا با اکراه

همان‌طور که در برخی کتب حقوقی انگلیس ذکر شده است نفوذ ناروا در معنای عام، خواهرخوانده انصافی نظریه اکراه است و با آن تفاوت ماهوی دارد. این نظریه مسئول است تا افراد را از مسئولیت ناشی از قراردادهایی که در نتیجه تحت تأثیر قرار گرفتن طرف دیگر به آنها وارد شده‌اند، رها سازد (Stone & Devenney & Cunningham, 2011: 438).

نهادهای حقوقی نفوذ ناروا در نظام حقوقی ایران استوار و مستقر نشده است و تنها اندیشمندان کمی به آن پرداخته‌اند و آنان که به آن توجه کرده‌اند نیز بیش‌تر برای همگون‌انگاری آن با نهاد اکراه استدلال نموده‌اند و از این طریق تلاش کرده‌اند آن را به بدنه نظام حقوقی ایران نزدیک نمایند. یکی از حقوق‌دانان معاصر در این خصوص به ذکر این چند جمله اکتفا نموده است:

هرگاه ریشه بیم از دیگری، حفظ حرمت او یا محبت و حق‌شناسی باشد، در اخلاقی بودن آن نباید تردید کرد. پس استفاده از این نفوذ معنوی برای وادار ساختن شخص به معامله، امری مباح است. برای مثال، پدری مورداحترام، از فرزند خود می‌خواهد خانه‌اش را با اجاره‌ای ناچیز در اختیار دوستی قدیمی بگذارد و فرزند نیز به پاس حرمت پدر چنین می‌کند؛ پیشوای مذهبی به یکی از پیروان خود دستور می‌دهد که مال خود را وقف کند و او هم به کراهت، امر مراد را می‌پذیرد؛ کارفرمایی از کارگر محبوب خود می‌خواهد که با دختری زناشویی کند. باوجوداین، اگر به کار بردن نفوذ معنوی همراه با تهدید صریح یا ضمنی باشد، دیگر آن احترام اخلاقی را ندارد و موجب عدم نفوذ معامله می‌شود. درستی قرارداد زمانی قابل توجیه است که تنها به دلیل احترام و رعایت نزاکت اخلاقی انجام شود و اگر نه، اگر پدر و مادر یا استاد و کارفرما، معامل را زیر فشار اخلاقی گذارند و او را به ورود ضرری تهدید کنند، معامله را باید غیر نافذ شمرد. برای مثال، هرگاه مادری حالت آبستنی و درد و رنج دختر خود را مغتنم شمرد و تهدید کند که اگر راضی به معامله موردنظر نشود، او را در آن وضع رها خواهد کرد، اکراه محقق می‌شود. هم‌چنین پدری که فرزند

نیازمند و بی‌پناه خود را تهدید به قطع نفقه می‌کند، مرتکب عملی اکراه آمیز شده است (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ج ۱: ۵۰۷-۵۰۸).

ملاحظه می‌شود که او همانند سنهوری، تحت تأثیر حقوق قراردادهای اسلامی تلاش کرده است نفوذ ناروا را با نهاد اکراه همسان انگارد و با توجه به شرایط اکراه آن را موجب عدم نفوذ قرارداد بداند. نتیجه‌ای که از این همگون‌انگاری به دست می‌آید، عدم نفوذ قرارداد است که در حقوق غربی به قابلیت ابطال تعبیر می‌شود، اما نهاد حقوقی پایه یعنی اکراه، با شرایطی که قانون مدنی ایران برای آن ترسیم کرده است، در پاره‌ای موارد ذاتاً از پذیرش این همگون‌انگاری ابا دارد. پس یا باید از اینگونه شرایط ناسازگار دست کشید و شرایط اکراه را تعدیل کرد و یا از این همگون‌انگاری چشم پوشید. همچنین باید در ایجاد باور ذهنی در قانون‌گذار تلاشی مضاعف انجام داد تا نهادهای حقوقی نوینی چون نفوذ ناروا و مشابه آن، به‌عنوان پدیده‌های حقوقی تأثیرگذار در صحنه قراردادهای مورد توجه قرار گیرند (کاظم پور، ۱۳۹۲: ۲۴).

با توجه به آنچه بیان شد، از نظر برخی حقوق‌دانان صرف نفوذ ناروا برای مخدوش دانستن قرارداد کافی نیست، بلکه باید همراه با تهدیدی باشد که برای تحقق اکراه لازم است. نظر به اینکه صرف تحقق تهدید به عمل نامشروع، برای تحقق اکراه کافی است، وجود عنصر نفوذ ناروا یا عدم آن، نقشی در تحقق اکراه نخواهد داشت. فقط در عمل، گاهی اکراه از جانب کسی است که دارای نفوذ بر دیگری است و گاهی نیز چنین نیست.

برای روشن شدن جنبه‌های مختلف ارتباط اکراه و نفوذ ناروا باید فرض‌های مختلف را از یکدیگر تفکیک نمود و در هر یک، ارتباط یا افتراق آن دو را مورد بررسی قرار داد:

فرض نخست: نفوذ معنوی صرفاً یکی از مشوق‌های معامله است ولی از آن برای انعقاد قرارداد و یا برای تهدید استفاده نشده است، هرچند در انعقاد قرارداد مؤثر بوده است؛ و قرارداد هم به‌طور کاملاً منصفانه منعقد شده است (کاظم پور، ۱۳۹۲: ۲۵). با این فرض، در صحت و نفوذ قرارداد تردیدی وجود ندارد، زیرا صرف وجود نفوذ معنوی بدون اثبات ناروایی آن دلیلی بر قابلیت ابطال قرارداد نیست.

فرض دوم: نفوذ معنوی انگیزه معامله است، ولی از آن برای تهدید استفاده نشده است. در اینگونه موارد باید اکراه و نفوذ ناروا را از هم جدا دانست؛ زیرا یکی از شرایط اصلی اکراه وجود تهدید است که در این حالت منتفی است (کاظم پور، ۱۳۹۲: ۲۵). ولی باید دانست که نفوذ ناروا

اعم است از اینکه به عنوان ابزاری برای تهدید مورد استفاده قرار بگیرد یا خیر. در واقع، سوء استفاده از نفوذ برای انعقاد قرارداد کافی است و لازم نیست از آن به عنوان ابزار تهدید استفاده شود. مراد از ناروایی نفوذ نیز سوء استفاده از آن به منظور متقاعد ساختن طرف دیگر برای انعقاد قرارداد است، چه در این جهت تهدیدی هم صورت بگیرد یا خیر. مسیر اکراه و نفوذ ناروا در این فرض از هم جدا می شود. به همین دلیل، تمسک به اکراه با توجه به قواعد حاکم بر آن پاسخگو نخواهد بود، مگر اینکه تهدید موضوع ماده ۲۰۲ قانون مدنی^۵ را به گونه ای تفسیر نماییم که مواردی را که احتمال خطر از دست دادن روابط عاطفی قوی باشد نیز پوشش دهد. تنها در این صورت می توان معتقد بود که صرف نفوذ در فرض دوم، آن را به اکراه نزدیک می سازد. آنچه در این تفسیر موجب نگرانی است، ترسیم مرز دقیق بین خوف مجرد (که در ماده ۲۰۸ قانون مدنی^۶ از موارد تحقق اکراه دانسته نشده است) و موارد احساس خطر توسط قربانی نفوذ می باشد. چگونه می توان تشخیص داد که آیا مجرد خوف است که اکراه محسوب نمی شود و یا احساس خطر واقعی است؟ در اینگونه موارد، دادرس باید با توجه به نوع ارتباط و میزان وابستگی قربانی نفوذ، به ارتباط موجود و نیز شدت نیاز وی به آن، مصداق واقعی را تشخیص دهد و هنر قضایی خود را به نمایش بگذارد.

فرض سوم: افزون بر اینکه نفوذ معنوی انگیزه معامله است، از آن به عنوان ابزاری برای تهدید طرف قرارداد استفاده می شود. در این فرض نیز هر چند تهدیدی که در نفوذ ناروا مطرح است، از جنس تهدید موضوع ماده ۲۰۲ قانون مدنی (تهدید نسبت به نفس، مال و آبرو) نیست؛ بلکه از نوع از دست دادن رابطه ای است که بین دو طرف قرارداد وجود دارد و از این جهت می توان گفت که اکراه محقق نیست، ولی با توسعه دامنه ضررهای موجود در اکراه و اینکه قانون گذار در این ماده نظر به غالب موارد داشته و همه ضررها را ذکر نکرده است، می توان ضرر از دست دادن رابطه موجود بین دو طرف قرارداد را که گاه برای قربانی نفوذ بسیار حیاتی است از مصادیق ضررهای موجود در اکراه تلقی نمود (کاظم پور، ۱۳۹۲: ۲۶). در تأیید این نظر می توان گفت در معرفی افرادی که ضرر متوجه آنان می شود و در ماده ۲۰۴ قانون مدنی^۷ به آنها اشاره شده است نیز قانون گذار در مقام تمثیل به موارد غالب توجه داشته است و همه افراد را بیان نکرده است. از همین طریق است که می توان نتیجه گرفت در هر موردی که نسبت به هر فردی تهدیدی صورت گیرد که در اراده طرف قرارداد تأثیر گذار باشد، می توان قائل به تحقق اکراه شد، هر چند از اقربا و

خویشان نزدیک وی نباشد. به همین خاطر است که یکی از محققین، ماده ۲۰۴ قانون مدنی را تفسیر عام کرده است (شهیدی، ۱۳۸۱، ج ۳: ۳۵). در این موارد است که می‌توان نفوذ ناروا را به‌اکراه نزدیک کرد و بر نظر حقوق‌دانانی که آن را ملحق به‌اکراه کرده‌اند مهر تأیید زد.

یادآوری می‌شود که برخلاف قراردادهای غیرمنصفانه، در قراردادهایی که با اعمال نفوذ ناروا منعقد می‌شوند، نابرابری عوضین ممکن است مطرح نباشد و حتی قرارداد برای قربانی نفوذ ناروا سودآور نیز باشد. همین موضوع موجب شده نفوذ ناروا به قواعد حاکم بر اکراه نزدیک شود.

در تأیید شباهت قواعد حاکم بر نفوذ ناروا با قواعد اکراه می‌توان استدلال‌هایی ارائه کرد. با توجه به تعاریف گفته شده از جانب فقها و حقوق‌دانان، اگر محور اصلی تحقق اکراه، فشار غیرمتعارفی باشد که از بیرون بر شخص وارد می‌شود (همان‌طور که دکتر کاتوزیان چنین نظری داشتند) (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ج ۱: ۴۹۵)، چگونه می‌توان بین فشارهای مستقیم ناشی از تهدید با فشار غیرمستقیم ناشی از نفوذ معنوی یک‌طرف برطرف دیگر، تفاوت قائل شد؟ چرا باید در یکی نظر به غیر نافذ بودن داشت و در دیگری حکم به بی‌تأثیری نمود؟ آیا نمی‌توان در نفوذ معنوی اولویت قائل شد و معتقد بود که اگر در یک تهدید ساده اکراه وجود دارد، قطعاً با نفوذ معنوی هم اکراه خواهد بود؟ زیرا گاه رابطه معنوی بین افراد آنقدر قوی می‌شود که ممکن است هرگونه تهدیدی، حتی نسبت به جان، در انسان تأثیر نگذارد، ولی یک درخواست از مراد معنوی و یا فرد مورداحترام در همان خصوص، وی را تسلیم به قراردادی کند که نه تنها ممکن نیست به آن بی‌میل باشد، بلکه با رغبت تمام مبادرت به انعقاد آن کند؛ درحالی‌که اگر چنین نفوذ معنوی وجود نداشت، هیچ‌گاه حاضر به انعقاد آن نمی‌شد (کاظم پور، ۱۳۹۲: ۲۷).

اگر این برداشت از موضوع اکراه در حقوق ایران موردپذیرش واقع شود، تسری نهاد حقوقی نفوذ ناروا در حقوق ایران و شناسایی آن به‌عنوان یک رکن مربوط به اراده همانند اکراه یا اضطراب و حکم به عدم نفوذ یا بطلان قرارداد مشمول آن، امری حتمی خواهد بود. این یگانگی، راه را برای حمایت قضات از این دسته افراد که در مخدوش بودن اراده واقعی آنان تردیدی نیست، هموار خواهد کرد.

۱-۱-۴. تفاوت‌های اکراه و نفوذ ناروا

در اعمال نفوذ ناروا نیز همانند اکراه، اراده و رضایت باطنی شخص به دلیل فشار بیرونی مخدوش

می‌شود؛ ولی در دیگر موارد، اعمال نفوذ ناروا با اکراه متفاوت است و عبارتند از:

۱- نهاد اکراه توسط کامن‌لا بنا شده و از قوانین سنتی آن است اما انصاف، نفوذ ناروا را به دلیل عدم شمول قوانین کامن‌لا بر آن تأسیس کرده و تکامل داده است.

۲- در اعمال نفوذ ناروا صرف وجود رابطه کفایت می‌کند و لزوماً تهدیدی وجود ندارد ولی شرط تحقق اکراه، وجود تهدید است.

۳- در بعضی موارد نفوذ ناروا روابط خاصی مانند رابطهٔ فرزند و والدین، پزشک و بیمار و ... بین طرفین وجود دارد، درحالی که در اکراه شاهد چنین دسته‌بندی نیستیم.

۴- طرف قوی در نفوذ ناروا از موقعیت برتر خود برای انعقاد قرارداد و متقاعد کردن طرف ضعیف، سوءاستفاده می‌کند اما در اکراه آنچه فرد را به اقدام مضر سوق می‌دهد، فشار مادی و تهدید مکره است.

۵- در اکثر موارد در اعمال نفوذ، شخص اعمال نفوذ کننده در صدد کسب امتیاز و ویژه‌خواری است، اما اکراه می‌تواند در اثر انگیزه‌های متفاوتی ایجاد شود (حسن‌زاده، ۱۳۸۷: ۱۰۶-۱۰۵).

تا زمانی که هدف از اعمال نفوذ معنوی و قدرت، رسیدن به غرض مشروع باشد، این نفوذ امری مشروع است؛ اما اگر غرض غیر مشروع باشد، ایراد به عقد با طرح دعوای اکراه، بلامانع است (کاظم پور، ۱۳۹۲: ۱۲). درواقع نفوذ ناروا اگر ابزاری برای وادار ساختن طرف مقابل به انعقاد قرارداد باشد، مشابه عنصر اکراه خواهد بود که باعث عدم نفوذ قرارداد اکراهی می‌شود.

در کامن‌لا، اکراه، اعمال زور یا سلب آزادی یا تهدید آن بر خود شخص طرف قرارداد یا همسر، فرزند و بستگان نزدیک او به وسیلهٔ طرف دیگر قرارداد یا کسی که دست کم برای مکره در زمان انعقاد قرارداد شناخته شده باشد، صورت می‌پذیرد. بنابراین، در کامن‌لا، اکراه فقط با زندانی کردن یا تهدید به صدمهٔ جانی و بدنی یا آزادی شخص و بستگان نزدیک او صورت می‌گیرد و تهدید به تلف یا خسارت به اموال یا تجاوز به ملک شخص، اکراه و مبطل قرارداد محسوب نمی‌شود؛ علاوه بر این، کامن‌لا هیچ مفهوم عامی از اکراه و فشار اقتصادی را به رسمیت نمی‌شناسد و در آنجا که شخص به واسطه فشار اقتصادی که به وسیله طرف دیگر اعمال شده، مجبور است قراردادی را منعقد نماید، اکراه تحقق نیافته است (ر.ک: حسن‌زاده، ۱۳۸۴: ۱۹۶).

در مقابل، انصاف قراردادهایی را قابل ابطال می‌داند که به دلیل معینی از فشار یا اکراه انجام گرفته‌اند، درحالی که در کامن‌لا منجر به اکراه نمی‌شود؛ البته محدودهٔ این نظریه به روشنی

تعریف نشده است. گاهی مداخله انصاف در زمینه‌ای است که فشار آوردن، طرف را از داشتن اراده آزاد یا اختیار محروم کرده است. زمینه دیگر این است که از نظر انصاف، این مخالف نظم عمومی است که به شاکی اجازه داده شود دعوایی را در مورد توافقی که غیرمنصفانه به دست آمده است، ادامه دهد.

به این ترتیب، قاعده پیش رفته در حقوق انگلیس، قرارداد اکراهی را غیر معتبر می‌داند، خواه به واسطه اجبار و اکراه مورد نظر کاملاً باشد یا فشار و تحمیلی که انصاف آن را نمی‌پذیرد.

همان‌طور که گفته شد، طبق نظر فقها و حقوق‌دانان و قانون مدنی، اثر اکراه بر عقد، عدم نفوذ آن است نه بطلان آن. مواد ۱۹۹ و ۲۰۹ قانون مدنی نیز عقد اکراهی را به پیروی از نظر مشهور فقهای امامیه غیر نافذ می‌داند و با تنفیذ آن توسط مکره، بعد از زوال گره، عقد نافذ و صحیح خواهد شد و در صورت رد آن توسط مکره، عقد اکراهی از ابتدا باطل خواهد بود.

حقوق‌دانان امریکا اکراه را اینگونه تعریف نموده‌اند: تحت فشار قرارداد یک شخص برای مغلوب ساختن اراده وی و اجبار او به برآورده نمودن تقاضایی که اگر آزادانه عمل می‌کرد، تسلیم آن نمی‌شد. حقوق ایالات متحده در مورد اکراه نسبت به اموال یا اکراه اخلاقی به طور اساسی از کاملاً مجزا شده است (حسن‌زاده، ۱۳۸۴: ۱۹۷).

نویسندگان حقوقی و دادگاه‌های انگلستان در خصوص اثر اکراه بر قرارداد بر این عقیده‌اند که اکراه قرارداد را قابل ابطال می‌سازد نه باطل. به همین دلیل مکره می‌تواند بعد از زوال گره، قرارداد را تأیید یا ابطال نماید. البته مسلماً قابل ابطال بودن قرارداد با غیر نافذ بودن آن یکسان نیست. از این رو باید اذعان کرد که اگرچه اکراه در هر دو نظام حقوقی ایران و انگلستان، عیب رضاست ولی اثر آنها مشابه نیست.

با تلفیق نفوذ ناروا و عنصر نامشروع بودن در اکراه، می‌توان استفاده از این قدرت را برای وادار کردن طرف دیگر به انعقاد قراردادی که در حالت عادی حاضر به انعقاد آن نمی‌شد، نوعی اکراه تلقی نمود، بدون اینکه لازم باشد عنصر تهدید که از ارکان شاخص در تحقق اکراه است، موجود باشد. به همین دلیل، برخی از اندیشمندان دستورات حاکم را، هر چند تهدیدی در آن نباشد، اکراه دانسته‌اند. بعضی نیز تهدید در اوامر سلطان را مفروض می‌دانند (کاظم پور، ۱۳۹۲: ۱۲).

در برخی از قوانین خارجی نیز مقرر شده است صرف اعمال نفوذ معنوی، به خودی خود برای ابطال عقد کافی نیست و باید با وسایل دیگر اکراه همراه باشد. در ماده ۱۱۱۴ قانون مدنی فرانسه

آمده است: «مجرد فروتنی ناشی از احترام، بدون اینکه اکراهی واقع شود، موجب ابطال عقد نیست.» بر اساس ماده ۵۵ قانون مدنی تونس، ماده ۵۱ قانون مدنی مراکش و ماده ۲۱۲ قانون مدنی لبنان نیز نفوذ ناروا به تنهایی برای تحقق اکراه کافی نیست (ر.ک: کاظم پور، ۱۳۹۲: ۱۳).

مطابق با دکترین مدرن، تهدیدات نسبت به اموال یا اکراه در مورد کالا تحت شرایط ظالمانه و دشوار، قرارداد را بر اساس اکراه باطل می‌کند؛ که در هر حال، برای تحقق اکراه سه عنصر لازم خواهد بود:

۱- اجبار یا فشار خارجی؛

۲- معیوب شدن اراده؛

۳- قراردادی که از آن ناشی شده باشد (حسن‌زاده، ۱۳۸۴: ۱۹۸).

۲-۱-۴. مقایسه اعمال نفوذ ناروای واقعی با اکراه در حقوق ایران

در زمان‌های قدیم که نزدیکی و اختلاط مداومی بین اعمال نفوذ ناروای واقعی با اکراه در حقوق انگلستان وجود داشت، می‌توانستیم بگوییم که اعمال نفوذ ناروای واقعی در برخی موارد با اکراه در حقوق ایران یکی است. به عنوان مثال، در پرونده Flower علیه Sadle، جایی که تعهد به پرداختن مبلغی پول به وسیله تهدید به تعقیب جزایی شده بود، رأی داده شد که آن تعهد به خاطر اعمال نفوذ ناروا باطل است (Richards, 2007: 213). از آنجاکه امروزه چنین پرونده‌هایی در حقوق انگلستان در قلمرو اکراه قرار می‌گیرند، نمی‌توان گفت که اعمال نفوذ ناروای واقعی حتی در برخی مفاهیم و مصادیق نیز با اکراه در حقوق ایران مترادف است. بنابراین رابطه موجود بین این دو تباین است.

درواقع اعمال نفوذ ناروای واقعی تا حدودی شبیه اکراه است، ولی به علت اینکه شرایط اکراه را ندارد، اکراه نیست. تصور کنید شخصی در مقابل شخص دیگر به علت تهدید به تعقیب کیفری، تعهد به پرداخت مبلغی پول می‌نماید، این مثال اکراه نیست چون ما نمی‌توانیم بگوییم که مکره هیچ جایگزین عملی ندارد یا فشار اعمال شده نامشروع است، اما تعهدی غیرمنصفانه است و نمی‌تواند تأیید شود (حسن‌زاده، ۱۳۸۴: ۲۲۱).

امروزه به علت گسترش دایره اکراه در حقوق انگلستان، حوزه اعمال نفوذ ناروای واقعی کاهش یافته است و غالب مصادیق آن در سیطره قواعد اکراه قرار می‌گیرند. با توجه به اختلاف

اساسی اکراه در کامن‌لا با اکراه در فقه امامیه و حقوق ایران، بالتبع نفوذ ناروای واقعی نیز کم‌ترین ارتباطی با اکراه مندرج در فقه و حقوق ما ندارد.

۳-۱-۴. مقایسه اعمال نفوذ ناروای فرضی نوع اول (روابط خاص) و نوع دوم (روابط مبتنی بر اعتماد واقعی) با اکراه در حقوق ایران

از آنجاکه برای تشکیل اکراه در حقوق ایران انجام تهدید (چه مثبت و چه منفی) ضروری است و از سوی دیگر، در اعمال نفوذ ناروای فرضی نوع اول و دوم هیچ‌گونه تهدیدی وجود ندارد، بلکه فقط سوءاستفاده از رابطه فی‌مابین صورت می‌پذیرد، لذا می‌توان گفت که هیچ ارتباطی بین اکراه در حقوق ایران و اعمال نفوذ ناروای فرضی نوع اول (روابط خاص) و نوع دوم (روابط مبتنی بر اعتماد واقعی) در حقوق انگلستان وجود ندارد.

در حقوق انگلستان اعمال نفوذ ناروا همانند اکراه، عیب رضاست و اصل رضایت آزاد را از بین می‌برد در اعمال نفوذ ناروای واقعی هیچ سوءاستفاده‌ای از اعتماد خاص به وجود نمی‌آید، زیرا رابطه خاصی بین طرفین وجود ندارد، بلکه سوءاستفاده در خارج از روابط خاص و امانی شکل می‌گیرد.

در اعمال نفوذ ناروای فرضی نوع اول، انواع خاصی از روابط، به‌طور خودکار مستلزم وجود اعمال نفوذ نارواست، مانند رابطه والدین و فرزندان، قیم و موکلی علیه، وکیل و موکل، امین و ذی‌نفع، روحانی و مرید و پزشک و مریض. درجایی که بین طرفین قرارداد، رابطه خاصی وجود ندارد، زیان‌دیده می‌تواند وجود رابطه‌ای را که به دلیل آن به خطاکار اعتماد کرده است، اثبات نماید. یک نمونه خوب برای این دسته از روابط، رابطه شوهر و همسر است.

اثر اعمال نفوذ ناروا بر قرارداد در حقوق انگلستان این است که به‌جای بطلان قرارداد، آن را قابل ابطال می‌سازد. از این‌رو، به‌منظور ابطال قرارداد باید اقداماتی از جانب زیان‌دیده انجام گیرد. این اقدام می‌تواند صرف مراجعه به محکمه صالح و درخواست فسخ قرارداد باشد. پرواضح است که اعمال نفوذ ناروا در حقوق انگلستان همان اثری را دارد که بر اکراه در حقوق این کشور مترتب است. در نقطه مقابل اولاً، در حقوق ایران، نفوذ ناروا اثری به دنبال ندارد و ثانیاً، اثر اکراه نیز، عدم نفوذ معامله است نه قابل ابطال بودن آن (حسن‌زاده ۱۳۸۷: ۱۲۹-۱۲۸).

۲-۴. مقایسه اعمال نفوذ ناروا با اضطرار

با توجه به تعریف ارائه شده در خصوص نفوذ ناروا، پرواضح است که رابطه منطقی این دو نهاد با یکدیگر تبیین است؛ یعنی نمی توان هیچ موردی از نفوذ ناروا را یافت که معادل اضطرار در فقه یا حقوق ما باشد، اما بین این دو ارتباطاتی وجود دارد. پرونده ای را تصور کنید که در آن فرد مضطر به دلیل اعتمادی که به بانک دارد، خانه خود را بدون گرفتن تضمینات کافی یا مطالعه دقیق شروط قراردادی به عنوان وثیقه دین در رهن بانک می گذارد. در این پرونده مسلماً اضطرار باعث به وجود آمدن این رابطه قراردادی شده و محملی برای اعتماد کاذب ایجاد کرده است، اما نمی توان تعریف یا کارکرد مشابه خود اعمال نفوذ را به آن نسبت داد. به علاوه، اضطرار در فقه امامیه و حقوق ایران جزو عوامل موجه جرم و مانع توجه مسئولیت کیفری ناشی از آن به مضطر است. با استناد به آیات قرآن و روایاتی چون حدیث رفع، فقه ما حکم به عدم مسئولیت مضطر می دهد و درعین حال او را مسئول جبران خسارات مدنی ناشی از عمل خود می کند. حقوق ایران نیز که برگرفته از فقه می باشد، همین رأی را صادر می نماید. قراردادی که مضطر منعقد می کند، علی رغم اینکه رضای او کامل نیست، به دلیل وجود همه عوامل صحت قرارداد، محکوم به صحت و نافذ است. در تأیید این نظر می توان به سخن دکتر جعفری لنگرودی استناد کرد:

رضا از امور انشایی نیست یعنی طبیعت رضا مقتضی انشای اثر حقوقی نمی باشد.
ماهیت رضا با ماهیت قصد انشاء فرق دارد زیرا قصد انشاء از امور انشایی است
(جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷: ۹۴).

درحالی که معامله ناشی از نفوذ ناروا، از جانب فرد تحت نفوذ زیان دیده قابل ابطال تلقی می شود و لازم نیست.

مشابهت و نزدیکی اضطرار و اعمال ناروای نفوذ در قراردادهایی فزونی می یابد که اضطرار توسط طرف قرارداد یا ثالث و به نفع طرف قرارداد ایجاد شده باشد. چه حالت اضطراری را خود متعامل با تهدید و ارعاب ایجاد کرده باشد و چه دیگری برای انعقاد این قرارداد و با هماهنگی متعامل، با اقدامات خود زمینه اضطرار طرف دیگر، یعنی معامل را به وجود آورده باشد. این وضعیت به نفوذ ناروا شباهت زیادی دارد (شعبانی، ۱۳۹۵: ۱۷۳-۱۵۲). برخی فقها و حقوق دانان چنین معامله ای را مصداق سوء استفاده از اضطرار و آن را مشمول حکم اکراه یعنی عدم نفوذ عقد می دانند. در این فرض رابطه نزدیکی بین نفوذ ناروا و اضطرار برقرار خواهد بود.

به تصریح ماده ۲۰۶ قانون مدنی^۸ معاملات اضطراری صحیح هستند. سؤال اینجاست که آیا این حکم، دائمی است و در حالتی که شخص عمداً اضطرار را به وجود می‌آورد تا فرد را به انجام معامله خاصی اجبار کند و یا از اضطرار ایجاد شده سوءاستفاده می‌نماید، معامله مزبور صحیح است؟ برای مثال، اگر تنها جراح در دسترس، با آگاهی از وضع ویژه بیمار، دستمزد گزافی مطالبه کند، اگرچه به‌ظاهر هیچ تهدیدی برای اجبار شخص به تعهد به کار نرفته ولی آیا رضای معاملاتی او سالم است و عدالت با صحت معاملاتی از این دست سازگاری دارد؟

طبق نظر آنان، در موقعیتی که شخص عمداً حالت اضطراری را ایجاد نموده تا از این موقعیت سوءاستفاده کند؛ یا جایی که شخص وضعیت اضطراری را عمداً ایجاد نکرده ولی از اضطرار ایجاد شده سوءاستفاده نموده است، رأی به تحقق اکراه و تبعات بعدی آن داده خواهد شد.

معاملات اضطراری اکراهی در فقه تحت عنوان «اضطرار ناشی از اکراه بر سبب معامله» موردبررسی قرار گرفته است و اکثریت فقهای امامیه این مورد را نیز در ردیف دیگر موارد معاملات اضطراری و خارج از شمول ادله اکراه دانسته و قائل به صحت آن شده‌اند.^۹ (نائینی، ۱۴۱۸: ۸۵؛ انصاری، ۱۴۱۵، ج ۸: ۶۶؛ غروی اصفهانی، ۱۴۱۹، ج ۱: ۱۲۱؛ خویی، ۱۴۱۲، ج ۳: ۲۹۰).

عده معدودی از فقها در صحت این موارد تردید نموده و آن را مشمول ادله اکراه دانسته‌اند. ملا احمد نراقی در این خصوص معتقد است که اگر قصد مکره نیز بیع مال و خروج آن از ید مکره بوده و بایع نیز آگاه به این قضیه باشد و رفع ستم و تهدید مکره منحصر در فروش آن مال شود، عمل مزبور، اکراه در بیع محسوب می‌شود و آن را فاسد می‌نماید؛ اما چنانچه مکره این قصد را نداشته است، اکراه محسوب نمی‌شود. سپس می‌افزاید: حتی اگر قصد مکره وقوع معامله مزبور نباشد ولی رفع اکراه و تهدید، متوقف بر بیع مزبور باشد و مکره از این نکته آگاه باشد، اکراه محسوب می‌شود (نراقی ملا احمد، ۱۴۱۵، ج ۲: ۳۶۴). پس در نظر این فقیه بزرگ، معامله اضطراری در دو حالت اکراهی تلقی می‌شود:

حالت اول: قصد مکره نیز مانند مکره، بیع مال بوده و رفع ستم و تهدید مزبور فقط با انجام بیع امکان‌پذیر است.

حالت دوم: قصد مکره، بیع مال نیست ولی رفع اکراه و تهدید، متوقف بر بیع مزبور است و مکره نیز بر این امر آگاه می‌باشد. در این صورت هرچند اکثریت فقها معامله مزبور را اضطراری و صحیح می‌دانند اما نراقی آن را اکراهی تلقی می‌کند.

سید محسن حکیم ابتدا با این تعبیر که اکراه بر ذی المقدمه اکراه بر مقدمه است، این فرض را اکراه دانسته ولی بعد با شک و تردید، بیع مزبور را صحیح دانسته و استدلال می‌کند که فقها بر صحت این بیع، اجماع و اتفاق دارند و حدیث رفع نیز اگرچه به اطلاق الفاظش شامل این مورد نیز می‌شود، اما با توجه به مناسط حدیث که در مقام امتنان است، مورد اخیر را باید خارج از آن بدانیم. تطبیق حدیث رفع بر این مورد خلاف امتنان است، زیرا ابطال بیع در این فرض موجب در تنگنا قرار دادن مکروه می‌شود (طباطبایی حکیم، بی تا، ج ۱: ۱۹۱).

به نظر برخی از حقوق‌دانان اگرچه اضطرار را متعامل ایجاد نموده باشد تا معامل را وادار به انجام آن معامله نماید؛ چنانچه هرگاه کدخدای قریه آب به بستان رعیتی ندهد و در نتیجه، درختان باغ، میوه به بار نیاورند و در اثر آن، صاحب بستان پریشان و درمانده شود و بستان خود را به کدخدای مزبور بفروشد تا زندگی خود را بگذرانند، معامله مزبور صحیح است، هرچند که فرد متعامل، اضطرار را ایجاد نموده و از آن سوءاستفاده نموده باشد (امامی، ۱۳۸۱، ج ۱: ۱۹۴؛ بروجردی عیده، ۱۳۸۰: ۱۱۷).

کاتوزیان معتقد است:

به نظر می‌رسد که اگر طرف قرارداد یا شخص خارجی موقعیت مضطر را وسیله وارد ساختن فشار بر او قرار دهد، اکراه تحقق می‌پذیرد و قرارداد را غیر نافذ می‌کند (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ج ۱: ۵۱۱).

بنابراین، به نظر ایشان در صورت سوءاستفاده از اضطرار، اکراه تحقق خواهد پذیرفت. پس باید شرایط تحقق اکراه را آسان‌تر کرد تا شامل چنین موقعیت‌هایی نیز بشود و مسائلی از این دست در قالب اکراه قرار گیرد.

با توجه به مطالب پیش گفته، معامله اکراهی در حقوق ایران، غیر نافذ و معامله اضطراری صحیح است، ولی اگر شخصی از اضطرار پیش آمده برای مضطر سوءاستفاده کند یا خود اضطرار وی را به عمد ایجاد نموده باشد تا از آن سوءاستفاده نماید، این اضطرار اکراهی اگر مشمول ماده ۱۷۹ قانون دریایی ایران شود، دادگاه قرارداد را به درخواست زیان‌دیده، باطل یا تعدیل خواهد نمود. اگر در آن قالب قرار نگیرد، از بین راه‌حل‌های متعددی که جهت جبران خسارت پیشنهاد شده‌اند (ر.ک: شعبانی، ۱۳۹۵: ۱۷۹-۱۷۱) سه مورد از آنها در حقوق موضوعه ما مستند قانونی دارند:

۱- استناد به خیار غبن (مواد ۴۱۶ به بعد قانون مدنی): در حقوق ما که غبن وسیله جبران ضرر

است و جهل مغبون به گزاف بودن تعهد خود و بهای متعارف مورد معامله، شرط استناد به آن است، (ماده ۴۱۸ ق.م) استفاده از خیار غبن، مفید به نظر نمی‌رسد، زیرا در بیش‌تر مواردی که مضطر تعهد سنگینی را بر عهده می‌گیرد، به‌خوبی از غبن خویش آگاه است و می‌داند آنچه به دست می‌آورد، با عوضی که به عهده گرفته است، تناسب ندارد. در حقوق کشورهایی که مبنای غبن را در حفظ تعادل بین دو عوض و مربوط به نظم عمومی می‌بینند، کارساز خواهد بود (کاتوزیان و چرچ، ۱۳۵۲: ۱۲). چنانکه طبق ماده ۱۳۸ قانون مدنی آلمان و ماده ۲۱ قانون تجارت سوئیس، هر عمل حقوقی که به‌وسیله آن شخصی از عدم تجربه یا بی‌اطلاعی و نیازمندی دیگری برای به دست آوردن سود نامتعارف استفاده کند، باطل است؛ یعنی عدم تعادل بین دو عوض و بهره‌برداری از درماندگی و ناآگاهی طرف قرارداد، دو عامل اساسی تحقق غبن در قرارداد است (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ج ۱: ۵۱۰).

۲- استناد به نظم عمومی و اخلاق حسنه (مواد ۹۷۵ و ۱۰ ق.م): این مسأله از عوامل محدودکننده اراده و آزادی قرارداد است. ماده ۹۷۵ ق.م در این خصوص مقرر می‌دارد:

محکمه نمی‌تواند قوانین خارجی و یا قراردادهای خصوصی را که برخلاف اخلاق حسنه بوده و یا به‌واسطه جریحه‌دار کردن احساسات جامعه و یا به علت دیگر، مخالف نظم عمومی محسوب می‌شود، به‌موقع اجرا گذارد؛ اگرچه اجرای قوانین مزبور اصولاً مجاز می‌باشد. لذا با استفاده از این ماده، می‌توان قراردادهای سوءاستفاده از اضطرار را به خاطر مخالفت با اخلاق حسنه و نظم عمومی توسط محاکم غیرقابل اجرا دانست.

۳- تسهیل شرایط اکراه: در غالب موارد سوءاستفاده از اضطرار، عنصر مادی اکراه تحقق یافته و معامله را نه بر اساس اضطرار، بلکه به دلیل اکراه بایستی غیر نافذ دانست (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ج ۱: ۵۱۴-۵۱۰؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۷۵، ج ۱: ۲۶۳). این راه‌حل را از آنجا که در صدد پر کردن خلأ قانونی در مورد سوءاستفاده از اضطرار است، باید مفید دانست و طبق نظر این حقوق‌دانان، ماده ۲۰۶ ق.م که معامله اضطراری را صحیح می‌داند، ناظر به حالتی است که از اضطرار سوءاستفاده نشده باشد و اضطرار، اکراهی نباشد. در غیر این صورت معامله مزبور نیز اکراهی بوده و مشمول ماده ۱۹۹ و ۲۰۹ ق.م می‌باشد. سومین راه‌حل جامع و مانع و با اصول حقوقی ما سازگارتر می‌باشد. با قبول این راه، نیازی به اصلاح مقررات و قوانین مربوط به اکراه و اضطرار نخواهد بود.

نتیجه گیری

در حقوق ایران نهادی تحت عنوان اعمال نفوذ ناروا یافت نمی شود و پایه گذاری این نهاد در حقوق انگلستان شکل گرفته است، هرچند مصادیق اعمال نفوذ ناروا می تواند در حقوق ما تحت عناوین دیگر مانند اکراه و اضطرار قابل بررسی باشد. اکراه و اضطرار در حقوق ایران چنان به هم نزدیکند که شناسایی موارد مشکوک مشکل است. علاوه بر این، آثار اکراه و اضطرار بر معاملات، متفاوت می باشد و اضطرار برخلاف اکراه، موجب تزلزل و عدم نفوذ عقد نیست. با توجه به نظام نوین معاملات و شیوه های جدید قراردادی به نظر می رسد اکراه به شکل سنتی آن و مندرج در نظام حقوقی ایران و حتی انگلستان امروزه کم تر اتفاق بیفتد. در حقیقت زورگویان حرفه ای با توسل به ضعف قوانین ما، کم تر در دام قانون گرفتار می شوند. گرچه حقوق انگلستان با ایجاد نهاد حقوقی نفوذ ناروا گام مثبتی در رفع این نقیصه برداشته است، اما اقدام مشابهی در قانون و حقوق ما مشاهده نمی شود. لذا اصلاح قواعد مربوط به محدودیت اراده طرف قرارداد، امری منطقی و لازم به نظر می رسد. این امر در حقوق انگلستان با تأسیس نهاد اعمال نفوذ ناروا توسط دادگاه های انصاف انجام شده ولی در حقوق ایران حرکت مشابهی صورت نگرفته است و اکراه مندرج در قانون مدنی ما شیوه های نوین تهدید را که اغلب پیچیده و غیرمستقیم می باشند، در بر نمی گیرد. علاوه بر این، اضطرار در نظام حقوقی ما موجب عدم نفوذ عقد نیست؛ لذا به نظر می رسد بهتر باشد قواعد سنتی اکراه و اضطرار و به طور کلی آنچه با اراده متعاقدين گره خورده، با توجه به شرایط روز و مقتضیات زمان، مورد بازنگری قرار گیرد و از تجربیات مثبت دیگر کشورها از جمله انگلستان نیز برای بهبود قوانین و تأمین امنیت و حقوق افراد جامعه، بهره برداری مناسب صورت گیرد؛ چه از طریق توسیع دامنه اکراه و تفسیر موسع از آن و چه ابداع و ایجاد نهادی دیگر برای پوشش دادن نقاط ضعفی که در اثر پیچیده شدن روابط انسانی، در نهادهای حافظ اراده متعاقدين در فقه و حقوق ما به وجود آمده است.

از آنجا که تاکنون این اصلاحات اتفاق نیفتاده، باید دایره مفهوم اکراه را با تفاسیر حقوقی گسترش داده و برخی معاملات اضطراری را داخل در قلمروی اکراه نماییم.

پی‌نوشت‌ها

۱. «إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخَنزِيرِ وَمَا أُهِلَّ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ فَمَنْ أَضْطَرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ». (بقره: ۱۷۳): خداوند، تنها (گوشت) مردار، خون، گوشت خوک و آنچه را نام غیر خدا به هنگام ذبح بر آن گفته شود، حرام کرده است. (ولی) آن کس که مجبور شود، در صورتی که ستمگر و متجاوز نباشد، گناهی بر او نیست (و می‌تواند برای حفظ جان خود، در موقع ضرورت، از آن بخورد) خداوند بخشنده و مهربان است.
2. Morley v. Loughnan (1893)
3. Willams v. Bayley (1866)
4. CIBC Mortgages v. Pitt (1993)
۵. «اکراه به اعمالی حاصل می‌شود که مؤثر در شخص با شعوری بوده و او را نسبت به جان یا مال یا آبروی خود تهدید کند به نحوی که عادتاً قابل تحمل نباشد. در مورد اعمال اکراه آمیز سن و شخصیت و اخلاق و مرد یا زن بودن شخص باید در نظر گرفته شود.»
۶. «مجرد خوف از کسی بدون آنکه از طرف آن کس تهدیدی شده باشد، اکراه محسوب نمی‌شود.»
۷. «تهدید طرف معامله در نفس یا جان آبروی اقوام نزدیک او از قبیل زوج، زوجه، آباء و اولاد موجب اکراه است. در مورد این ماده تشخیص نزدیکی درجه برای مؤثر بودن اکراه بسته به نظر عرف است.»
۸. «اگر کسی در نتیجه اضطراب اقدام به معامله کند، مکره محسوب نمی‌شود و معامله اضطرابی معتبر خواهد بود.»
۹. «و لو لم يكرهه على خصوص البيع ولكن أكرهه على أمر آخر يضطر بسببه إلى بيع ماله و لو بضمن بخس، فإن كان قصد المكره أيضاً بيع المال و خروجه من يده و علم البائع منه ذلك و لم يندفع ظلمه إلّا به فهو أيضاً أكراه على البيع و مفسد إياه...»

منابع

- ابن منظور، محمد بن مکرم. (۱۴۰۸ق.). لسان العرب، بیروت: دار احیاء التراث العربی، چاپ اول.
- احمد بن فارس بن زکریا. (۱۳۹۹ق.). معجم مقاییس اللغة، قم: دارالفکر، چاپ اول.
- امامی، سیدحسن. (۱۳۸۱) حقوق مدنی، تهران: اسلامیه.
- انصاری، شیخ مرتضی. (۱۴۱۵ق.). المکاسب، بیروت: مؤسسه الأعلمی للمطبوعات.
- بروجردی عبده، محمد. (۱۳۸۰) حقوق مدنی، تهران: گنج دانش، چاپ اول.

- جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۴۰) *تأثیر اراده در حقوق مدنی*، تهران: بی‌نا.
- _____. (۱۳۷۵) *دائرة المعارف حقوق مدنی و تجارت*، تهران: مشعل آزادی.
- حسن‌زاده، حیدر. (۱۳۸۴) «بررسی تطبیقی اکراه و اعمال نفوذ ناروا در معاملات در حقوق ایران و انگلستان»، رساله دکتری، تهران: دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.
- _____. (پاییز و زمستان ۱۳۸۷ و بهار و تابستان ۱۳۸۸) «بررسی اعمال نفوذ ناروا و اثر آن بر معاملات در حقوق انگلستان و مقایسه آن با حقوق ایران». *مجله تحقیقات حقوقی آزاد* (دانشکده حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکز)، شماره ۲.
- حمیم، سلیمان. (۱۳۷۳) *فرهنگ انگلیسی - فارسی حمیم*، تهران: فرهنگ معاصر، چاپ سوم.
- خویی، سید ابوالقاسم. (۱۴۱۲ق.) *مصباح الفقاهة، تصحیح: میرزا محمدعلی، توحیدی، بیروت: دارالهادی*.
- *دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت^(ع)*، (۱۴۳۰ق.) قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی.
- رمضان‌نوری، محمود. (۱۳۸۰) *فرهنگ حقوقی انگلیسی - فارسی مدین، تهران: دژ، چاپ چهارم*.
- شعبانی، کاظم. (۱۳۹۵) «نفوذ ناروا در حقوق انگلستان با بررسی تطبیقی در فقه امامیه و حقوق ایران»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه امام صادق.
- شمیم، علی اصغر. (۱۳۷۹) *فرهنگ شمیم (امیر کبیر سابق)*، تهران: مدبر، چاپ اول.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی جبل عاملی. (۱۴۱۳ق.) *مسالک الأفهام فی شرح (إلی تفتیح) شرائع الإسلام*، قم: مؤسسه المعارف الإسلامية.
- شهیدی، مهدی. (۱۳۸۱) *حقوق مدنی ۳*، تهران: مجد، چاپ اول.
- طباطبایی حکیم، سید محسن. (بی‌تا) *نهج الفقاهة (تعلیق علی کتاب البیع من مکاسب الشیخ الاعظم الانصاری)*، قم: ۲۲ بهمن، چاپ اول.
- علامه حلی، حسن بن یوسف. (۱۴۰۴ق.) *قواعد الاحکام فی معرفة الحلال و الحرام*، قم: انتشارات جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- غروی اصفهانی، محمدحسین. (۱۴۱۹ق.) *حاشیه کتاب المکاسب*، قم: چاپ اول.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۰) *قواعد عمومی قراردادها*، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- _____. و ویلیام چرچ. (۱۳۵۲) «غبن در قراردادها»، *نشریه دانشکده حقوق و علوم سیاسی*، دوره ۱۷، شماره صفر.

- کاظم پور، سید جعفر. (۱۳۹۲) «نفوذ ناروا و انعکاس آن در حقوق ایران»، فصلنامه تعالی حقوق، دوره جدید، شماره ۲.
- گروه مؤلفان. (۱۳۷۸) فرهنگ حقوقی انگلیسی - فارسی مجد، تهران: مجد، چاپ اول.
- محقق (مقدس) اردبیلی، احمد بن محمد. (۱۵۴۱ق). زیادة البیان فی احکام القرآن، تهران: المكتبة المرتضوية لإحياء آثار الجعفرية.
- محقق داماد، سید مصطفی. (۱۳۸۴) قواعد فقه، (بخش جزایی)، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ پنجم.
- مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۲۴ق). کتاب النکاح، تصحیح محمدرضا حامدی، و مسعود مکارم، قم: مدرسه امام امیرالمؤمنین^(ع).
- نائینی، محمدحسین. (۱۴۱۸ق). منية الطالب فی شرح المکاسب، مؤلف: نجفی خوانساری، قم: مؤسسه انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول.
- نراقی، ملا احمد بن محمد مهدی. (۱۴۱۵ق). مستند الشیعة فی أحكام الشریعة، مشهد: مؤسسه آل البيت علیهم السلام لإحياء التراث.

- Anshburner. (1933) *Ashburner's Principles of Equity*, Butterworth & Company, Second Edition.
- Anson, William R. (1961) *Principles of the English Law of Contract*, London: Oxford, Twenty First Edition.
- Cartwright, John. (2013) *Contract Law (An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer)*, Second Edition.
- Cheshire, G. C. & C. H. S. Fifoot & M. P. Furmston. (1972) *The Law of Contract*, London: Butterworths, Eighth Edition.
- Collins, Hugh. (2003) *The Law of Contract*, UK: LexisNexis, Fourth Edition.
- Furmston, Micheal. (2007) *Cheshire, Fifoot & Furmston's Law of Contract*, Oxford, Fifteenth Edition.
- Mulcahy, Linda. (2008) *Contract Law in Perspective*, New York: Routledge-Cavendish, Fifth Edition.
- Poole, Jill. (2006) *Textbook on Contract Law*, Oxford University Press, Eighth Edition.
- Richards, Paul. (2001) *Law of Contract*, Longman, Fifth Edition.

- Ruse, Christina & Albert Sydney Hornby. (1991) *Oxford Esl Dictionary for Students of American English*, Sudan: Oxford University Press, First Edition.
- Smith, John Cyril & Thomas. (1992) *A Casebook on Contracts*, London: Sweet & Maxwell, Ninth Edition.
- Stone, Richard & James Devenney & Ralph Cunnington. (2011) *Text, Cases and Materials on Contract Law*, New York: Routledge, Second Edition.
- Treitel, Guenter Heinz. (1989) *An Outline of The Law of Contract*, London: Butterworths, Fourth Edition.

معرفی اوراق منفعت به عنوان ابزار مالی نوین اسلامی و مقایسه آن با اوراق اجاره

اعظم لشگری یوسفی^۱

چکیده: اوراق بهادار منفعت به عنوان یکی از ابزارهای جدید مالی اسلامی است. منتشرکنندگان این اوراق قادر خواهند بود تا با حفظ عین یک دارایی بادوام، منافع و یا خدمات آتی آن را در اختیار دارندگان اوراق قرار دهند و به این ترتیب دارندگان چنین سرمایه‌هایی قادر خواهند بود با تجمع سرمایه‌های کوچک با اطمینان از عرضه منافع و خدمات آتی به توسعه عین و منافع دارایی بپردازند و از سویی دارندگان اوراق با یک برنامه هدفمند و قطعاً با هزینه‌ای کم تر صاحب منافع و یا خدماتی شوند که در آینده پدید خواهد آمد و در صورت صلاحدید حتی قادر به انتقال آن در بازارهای مالی خواهند بود. از دیگر اوراق اسلامی، اوراق اجاره است. دارندگان این اوراق در حقیقت به صورت مشاع مالک عین دارایی هستند که منافع آن بر اساس قرارداد اجاره به بانی و منتشرین این اوراق واگذار می‌شود. برخی به علت شباهت‌های موجود در این دو نوع از اوراق تصور کرده‌اند که اوراق اجاره قادر به پوشش مزایای اوراق منفعت خواهد بود. پژوهش پیش‌رو با استفاده از روش تحقیق کتابخانه‌ای، ضمن بررسی ماهیت و ساختار اوراق منفعت به مسأله ضرورت انتشار این اوراق در مقایسه با اوراق اجاره پرداخته است.

کلیدواژه‌ها: اوراق بهادار منفعت، اوراق بهادار، ابزارهای مالی جدید، اوراق اجاره.

۱. دانش آموخته مقطع دکتری فقه و مبانی حقوق پژوهشکده امام خمینی و انقلاب اسلامی

مقدمه

با گسترش جوامع بشری، پیشرفت چشمگیر علم و امکانات سبک زندگی بشر تغییر نموده است؛ به گونه‌ای که تقاضای جوامع برای عرضه فراگیر تسهیلات و امکانات در همه ابعاد هرروزه روبه افزایش است. از این رو، دولت‌ها در مسیر برآوردن توقعات افراد جامعه نیازمند برنامه‌ریزی دقیق در همه ابعاد اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی می‌باشند و با کوچک‌ترین اهمالی با غلبه تفکر کشورهای بیگانه در ابعاد مختلف مواجه خواهند شد.

نفوذ ابزارهای مالی متعارف در برآوردن نیاز جوامع کشورهای اسلامی باوجود مغایرت‌های مبنایی با آموزه‌های دینی آنها، از این دست محسوب می‌شود. اوراق قرضه که به عنوان مهم‌ترین ابزار مالی متعارف محسوب می‌شود، مبتنی بر قرض به شرط زیاده است. این در حالی است که این نحوه استقراض موجب ربای قرضی است که حرام و از مذموم‌ترین اعمال در دین اسلام شمرده می‌شود.

کشورمان نیز از این امر مستثنی نبوده و در خلال سال‌های ۱۳۲۰ - ۱۳۵۸ به دفعات اقدام به انتشار این اوراق نمود، تا اینکه پس از پیروزی انقلاب اسلامی و اصلاح قوانین بر مبنای آموزه‌های دین اسلام انتشار اوراق مزبور ممنوع شد و ایده انتشار اوراق بهادار اسلامی که مبتنی بر عقود تأییدشده از سوی شریعتند، به عنوان ابزارهای مالی جدید در تأمین سرمایه پروژه‌ها و فعالیت اقتصادی بزرگ داده شد و پس از چندی با تصویب قوانینی برخی از انواع این اوراق منتشر گردید.

این اوراق علاوه بر تأمین سرمایه فعالیت‌های اقتصادی، مدیریت نقدینگی و توزیع عادلانه ثروت موجب ارتباط بین صاحبان وجوه و سرمایه و فعالان اقتصادی برخوردار از دانش و تجربه می‌گردند. بنابراین، هراندازه ابزارهای مالی دارای تنوع بیش‌تری باشند که پاسخگوی اهداف و سلیقه‌های متنوع صاحبان سرمایه و فعالان اقتصادی باشند، موجب مشارکت هرچه بیش‌تر افراد و پویایی نظام اقتصاد اسلامی می‌گردد. بنابراین مطالعه و بررسی در کشف و تشریح ابزارهای نوین مالی که بتوانند علاوه بر رعایت موازین شریعت با جذب سرمایه‌های خرد، منجر به تولید طرح‌های مولد گردد، از سوی محققین امری ضروری است.

به همین منظور، پژوهش پیش‌رو با انگیزه کمک به گسترش ابزارهای نوین اسلامی، در نظر دارد تا به بررسی فقهی و حقوقی یکی از انواع ابزارهای جدید مالی به نام اوراق منفعت که تاکنون

به علت عدم شناخت کافی از کارایی و ظرفیت آن، منتشر نشده و همچنان در مرحله ایده باقی مانده است، پردازد. در این تحقیق در نظر است تا ضمن تعریف ماهیت این اوراق و برشمردن ارکان و ویژگی های آن با مقایسه اوراق منفعت با اوراق اجاره، مانع از اشتباه در تفکر کارکرد یکسان این دو اوراق شود، چراکه برخی تصور کرده اند مشابهت این دو ابزار انتشار اوراق اجاره، ما را از به کارگیری اوراق منفعت بی نیاز می کند.

پیشینه تحقیق

تاکنون به جز چند مطالعه محدود، پژوهش گسترده ای حول اوراق منفعت صورت پذیرفته است. از آن جمله می توان به موارد زیر اشاره نمود:

در سال ۱۳۸۶ دکتر عباس موسویان در کتاب *ابزارهای مالی اسلامی* در ادامه تشریح اوراق بهادار اجاره، به صورتی گذرا به معرفی و بیان ویژگی های این اوراق پرداخته است. مقاله ای تحت عنوان «ارائه الگوی تأمین مالی توسعه موقوفات با استفاده از انتشار اوراق منفعت» که به امکان سنجی انتشار اوراق منفعت در زمینه توسعه موقوفات پرداخته از دیگر مطالعات در این حوزه است که در سال ۱۳۸۷ صورت پذیرفته است.

می توان ادعا کرد گسترده ترین مطالعه در زمینه شناخت این اوراق و مبانی شرعی آن مربوط به مقاله ای با عنوان «درآمدی بر اوراق منفعت و مبانی شرعی آن» نوشته مجید حبیبیان نقیعی است که در سال ۱۳۸۸ به نگارش در آمده است. نویسنده در این مقاله، ضمن بررسی اجمالی راه های انتقال این اوراق در بازارهای مالی، عقد صلح را قالبی بدون اشکال برای این انتقال پیشنهاد نموده است. مقاله دیگری که به صورت اختصاصی به این اوراق پرداخته، تحت عنوان «ریسک و بازدهی اوراق منفعت» است که از دیدگاه اقتصادی به این اوراق نگریسته و در پی بیان فرمولی جهت تعیین میزان سود اوراق و نیز ریسک های موجود در این اوراق است. این مقاله در پاییز ۱۳۹۱ به چاپ رسیده است.

مقاله ای نیز در سال ۱۳۹۳ در مورد ریسک های اوراق منفعت منتشر شده است. این مقاله «صکوک منفعت و پوشش ریسک های مترتب بر آن» نام دارد که در آن به بیان ریسک های مترتب بر اوراق منفعت و راهکارهایی در جهت پوشش این ریسک ها پرداخته شده است.

مفهوم شناسی اوراق منفعت

اوراق بهادار منفعت، در اصطلاح، اسناد مالی بهاداری هستند که بیانگر مالکیت دارنده آن بر مقدار معین خدمات یا منافع آینده از یک دارایی بادوام است که درازای پرداخت مبلغ معینی به وی منتقل شده است (موسویان، ۱۳۸۶: ۳۷۶). درواقع اوراق منفعت، دال بر گواهی یا وثیقه‌ای است که بیانگر مالکیت مقدار کاملاً معین منافع یا خدمات آینده از یک تسهیلات عمومی می‌باشد و درازای مبلغ معینی به متقاضیان منتقل می‌شود (حبیبیان نقیعی، بی تا: ۷).

عناصر مهم در تعریف اصطلاحی اوراق منفعت

مهم‌ترین عناصر تعریف این اوراق عبارتند از:

- ۱ - این اوراق سند مکتوبی هستند که دربردارنده و گواهی حق صاحب آن بر حق مندرج در آن می‌باشد.
- ۲ - میزان و چگونگی این منافع و خدمات با توصیف جزئیات با برطرف نمودن شبهه و جهل طرفین باید به‌طور دقیق در این اوراقی که به‌مثابه سند انتقال این دارایی است، ذکر شده باشد. (حبیبیان نقیعی، بی تا: ۷).
- ۳ - آنچه به‌واسطه این اوراق مبادله می‌گردد خدمات و منافع آینده یک دارایی است و خدمات و منافع حاضر دارایی‌ها، عموماً به‌واسطه عقد اجاره متداول منتقل گردیده و نیازی به انتشار اوراق بهادار نمی‌باشد.
- ۴ - همان‌گونه که از تعریف این اوراق برمی‌آید، این اوراق تنها بیانگر مالکیت دارنده آن بر خدمات یا منافع یک دارایی بادوام است و مالکیت عین این دارایی به‌واسطه این اوراق منتقل نمی‌گردد.
- ۵ - ماهیت دارایی که خدمات و منافع آن به‌واسطه انتشار این اوراق عرضه می‌گردد، تنها به دارایی‌های بادوام اختصاص داشته و دارایی‌هایی که با بهره‌برداری از منافع و خدمات آنها، مستهلک شده و رو به اضمحلال می‌رود، نمی‌تواند به‌عنوان دارایی پایه در این مبادله استفاده شود.
- ۶ - اگرچه پایایی و دوام دارایی پایه‌ای که خدمات و منافع آن توسط اوراق منفعت منتقل می‌گردد امری ضروری است، ولی وجود این دارایی حین انتشار اوراق ضروری به نظر نمی‌رسد؛ بنابراین عرضه خدمات و منافع دارایی‌های موجود و نیز دارایی‌هایی که در آینده تولید می‌شود

توسط این اوراق بلاشکال است. به عنوان مثال، شرکت راه سازی می تواند برای تأمین منابع لازم برای احداث یک بزرگراه (دارایی که در آینده موجود می گردد) منافع دو سال اول آن را از طریق انتشار اوراق منفعت منتقل نماید.

۷- میزان مبلغی که خریدار این اوراق موظف به پرداخت آن می باشد به عنوان یکی از عوضین، باید به طور کامل و دقیق تعیین گردد، هر چند لازم نیست این مبلغ بر روی اوراق ذکر شود (حبیبیان نقیعی، بی تا: ۷).

اگرچه در تعریف این اوراق صحبتی از تعیین زمان ارائه منافع و خدمات به میان نیامده، اما از آنجا که زمان تحویل این تسهیلات ارتباط مستقیم با ارزش اوراق داشته و هر چند زمان تحویل این منافع و خدمات کوتاه تر باشد بر ارزش این اوراق افزوده می گردد، بدیهی است تعیین زمان تحویل این منافع و خدمات ضروری می نماید.

این قاعده که مشهور فقهای اسلامی بدان اشاره کرده اند که «للاجل قسط من الثمن» (مغنیه، ۱۴۲۱، ج ۳: ۲۴۳؛ موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۵: ۱۰۵؛ نجفی، ۱۴۲۳، ج ۳: ۱۶۸) مؤید همین نکته است و شاید بتوان ادعا کرد عدم تعیین زمان تحویل منافع و خدمات موجب جهل طرفین به عوض و غرری شدن معامله و نهایتاً بطلان معامله می گردد.

انواع اوراق منفعت

اوراق منفعت را می توان به دو قسم اصلی تقسیم نمود (موسویان، ۱۳۸۶: ۳۷۷):

۱. اوراق منفعت جهت واگذاری منافع آینده دارایی های بادوام

صاحبان دارایی های بادوام برای تأمین نقدینگی مورد نیاز خود با انتشار اوراق منفعت منافع آینده دارایی های خود را درازای مبالغ معینی به متقاضیان این منافع واگذار می کنند. برای این قسم از اوراق منفعت می توان دو صورت متصور شد.

۱-۱. اوراق منفعت دال بر انتقال منافع آینده دارایی موجود

در این صورت دارایی که منافع آینده آن از طریق انتشار اوراق ارائه گردیده، در زمان انتشار اوراق مزبور موجود می باشد. به عنوان نمونه، یک مجتمع تجاری مشتمل بر ۱۰۰ واحد تجاری که در سال

۱۳۹۴ موجود و قابل بهره‌برداری است، تصمیم دارد منافع نیمی از واحدهای تجاری خود را که به‌طور مشخص تعیین گردیده طی سال‌های ۱۳۹۶ و ۱۳۹۷ (از تاریخ ۱۳۹۶/۱/۱ لغایت ۱۳۹۷/۱۲/۲۹) واگذار نماید و در این راستا به انتشار اوراق منفعتی که هر یک بیانگر حق استفاده از واحد تجاری خاص در تاریخ مقرر است، اقدام می‌نماید. خریداران این اوراق می‌توانند صبر کرده و در زمان معین از منافع واحدهای تجاری تعیین‌شده در اوراق بهره ببرند، کما اینکه می‌توانند قبل از فرارسیدن مدت استیفای منافع واحدهای تجاری و سررسید اوراق، آن را به دیگری واگذار نمایند.

۲-۱. اوراق منفعت دال بر انتقال منافع دارایی‌های آتی توصیف‌شده

در این صورت، دارایی که منافع آینده آن، از طریق انتشار اوراق عرضه گردیده، در زمان انتشار اوراق موجود نمی‌باشد و ناشر، با توصیف دارایی که در آینده موجود می‌شود، متعهد می‌گردد در زمان سررسید، منافع توصیف‌شده را تسلیم دارندگان اوراق نماید. بدیهی است در این صورت از اوراق، به علت عدم وجود دارایی پایه، علاوه بر اینکه وجود ناشری معتبر اهمیت دارد، هم‌چنین این ناشر باید ضمانت مناسبی که موجب جلب اعتماد متقاضیان گردد، ارائه دهد. به‌عنوان نمونه، فردی که قصد ساخت یک مجتمع تجاری را دارد با ارائه طرح دقیقی که در آن ویژگی‌های طرح مزبور به‌صورت دقیق و جزئی تعیین گردیده، و فراهم آوردن ضمانت مناسب در جهت عمل به تعهدات، اقدام به انتشار اوراق منفعت می‌نماید و در این اوراق، منافع واحدهای تجاری خود که به صورتی جزئی و دقیق توصیف گردیده در طی مدت زمانی معین واگذار می‌نماید. ناشر اوراق به‌وسیله انتشار اوراق مذکور نقدینگی لازم جهت ساخت این مجتمع تجاری را فراهم می‌آورد.

آنچه در این صورت از اوراق ضروری به نظر می‌رسد توصیف دقیق منافع است که دارایی پایه آن هنوز وجود ندارد. این توصیف باید به‌صورت جزئی و به‌دوراز هرگونه ابهام، اجمال و کاملاً رافع جهل باشد.

۲. اوراق منفعت دال بر واگذاری خدمات آینده

شرکت‌ها و مؤسسات خدماتی می‌توانند برای تأمین سرمایه در گردش یا توسعه طرح‌های اقتصادی و یا ...، بخشی از خدمات آینده خود را از طریق اوراق متحدالشکلی با ارزش‌های برابر واگذار

نمایند. در این نوع از اوراق نیز علاوه بر اطمینان شرکت و مؤسسات خدماتی بر عرضه قطعی خدمات، دارندگان اوراق هم می‌توانند خدمات مورد نیاز خود را با قیمت مناسب‌تر دریافت کنند. در این نوع از اوراق منفعت نیز دو صورت قابل تصور است:

۱-۲. اوراق منفعت دال بر حق استفاده از خدمات یک عرضه کننده معین

به عنوان مثال، یک شرکت هواپیمایی معین قصد دارد خدمات هواپیمایی خود را که در قالب ۱۰۰ سفر در ۱۵ روز تعطیلات نوروزی سال ۱۳۹۸ است، واگذار نماید. شرکت هواپیمایی با فرض اینکه در هر سفر هوایی تعداد ۲۰۰ مسافر از این خدمات بهره ببرند، اقدام به انتشار ۳۰۰ هزار اوراق منفعت می‌کند که در هر یک جزئیات خدمات، اعم از زمان سفر، مبدأ، مقصد، نوع خدمات و ...، کاملاً تعیین گردیده است.

۲-۲. اوراق منفعت دال بر حق استفاده از خدمات آتی یک مؤسسه غیر معین

در کتاب ریسک‌های مالی ساختاری سکوک به این نوع اشاره شده است (طریق، ۱۳۸۷: ۳۶). در این اوراق، شرکت و مؤسسه ارائه‌دهنده خدمات در زمان انتشار اوراق، معین نمی‌باشد و خدمات مطابق با سفارش‌های فعلی متقاضیان ارائه می‌گردد. اگرچه شرکت یا مؤسسه ارائه‌دهنده خدمات در این حالت معین نمی‌باشد، ولی خدمات ارائه‌شده توسط این اوراق با ذکر ویژگی‌ها و جزئیات توصیف می‌گردد.

ارکان انتشار اوراق منفعت

هرچند تاکنون قانونی مبنی بر نحوه انتشار اوراق منفعت به تصویب نرسیده تا ارکان انتشار این اوراق در ضمن آن معرفی گردد، اما از آنجاکه تمامی اوراق برای انتشار نیاز به نهادهایی چون بانی، ناشر و ... دارند، از این رو با توجه به دستورالعمل انتشار اوراقی چون اجاره، مرابحه، مشارکت و قرض الحسنه به توصیف ارکان اوراق منفعت پرداخته شده است.

۱. بانی

شخص بانی نهادی است که مطابق بند (ج) ماده یک دستورالعمل انتشار اوراق بهادار اجاره، برای

تأمین مالی خود، اوراق بهادار منتشر می‌کند. به عبارت دیگر، بانی شخص حقوقی است که نهاد واسط برای تأمین مالی وی در قالب عقود اسلامی، اقدام به انتشار اوراق بهادار می‌نماید.^۱ شخص بانی باید شرکت تجاری یا شخص عمومی دولتی باشد. شرکت تجاری شرکتی است که با موضوع انجام فعالیت تجاری تشکیل شده باشد^۲ و اشخاص حقوقی عمومی دولتی نیز شامل وزارتخانه‌ها و مؤسسات دولتی است که مطابق ماده ۴ قانون محاسبات عمومی کشور تشکیل می‌شود.^۳ اشخاص حقوقی عمومی غیردولتی نیز در صورتی می‌توانند اوراق بهادار منتشر کنند که امکان انتشار اوراق آنها و صلاحیت مالی آنها به تأیید سازمان بورس و اوراق بهادار رسیده باشد.

بانی در اوراق بهادار اسلامی، به تناسب اینکه اوراق چه نوع اوراق بهاداری است دارای جایگاه و نقش حقوقی متفاوتی است. بانی در انتشار اوراق بهادار منفعت در نقش مالک عین دارایی است.

۲. ناشر یا نهاد واسط

نهاد واسط طبق تعریف بند (د) ماده یک قانون توسعه ابزارها و نهادهای مالی جدید چنین تعریف شده است: «یکی از نهادهای مالی موضوع قانون بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران است که می‌تواند با انجام معاملات موضوع عقود اسلامی نسبت به تأمین مالی از طریق انتشار اوراق بهادار اقدام نماید.» به عبارت دیگر، واسط شخص حقوقی است که عاملیت تهیه و توزیع اوراق را از سوی متقاضی به سرمایه‌گذاران برعهده گرفته و از سوی دیگر، مسئول نقل و انتقال اصل و سود سرمایه در سررسید اوراق به آنان است (توحیدی نیا، ۱۳۹۱، ش ۲: ۱۵۰).

بر اساس ماده ۳ دستورالعمل انتشار اوراق بهادار اجاره، بانی به تنهایی امکان انتشار اوراق بهادار را ندارد و باید از طریق نهاد واسط بر امر انتشار اوراق بهادار مبادرت ورزد. نهاد واسط به لحاظ حقوقی نقش وکالتی دوجانبه را ایفا می‌کند. از یک سو، تا زمان انتشار اوراق و قبل از انتقال آن به سرمایه‌گذاران، وکالت بانی را برعهده گرفته دارد و در اموری چون انعقاد قرارداد با عامل فروش، بازگردان و تعهد پذیرهنویسی به وکالت ضمنی از سوی بانی، اقدام می‌نماید. از سوی دیگر، پس از واگذاری اوراق بهادار به سرمایه‌گذاران، به عنوان وکیل دارندگان اوراق به انعقاد قراردادهای لازم مطابق با صکوک منتشرشده اقدام می‌نماید. هم‌چنین نسبت به اموری چون دریافت سود و توزیع آن بین دارندگان اوراق، پیگیری دعاوی و اجرای احکامی که احیاناً در جریان انتشار اوراق و پس از آن از سوی دادگاه‌های ذی صلاح صادر گردیده، اقدام لازم را به عنوان نهاد واسط به عمل

می‌آورد.

نهاد واسط به موجب حق توکیلی که از سوی دارندگان اوراق به وی داده شده، انجام برخی امور فوق را به سایر نهادها واگذار می‌کند. به عنوان مثال، امر پرداخت سود و اصل سرمایه را به شرکت سپرده گذاری مرکزی اوراق بهادار و تسویه وجوه را به عامل پرداخت واگذار می‌کند.

۳. شرکت مدیریت دارایی مرکزی

شرکت مدیریت دارایی مرکزی به عنوان یکی از ارکان انتشار اوراق منفعت همچون سایر اوراق بهادار اسلامی، وظیفه تأسیس و راهبری نهادهای واسط در بازار سرمایه ایران را عهده دار می‌باشد.^۴ درواقع این شرکت نقش امین را دارد که جهت حفظ منافع دارندگان اوراق بهادار اسلامی و حصول اطمینان از صحت عملیات ناشر، نسبت به مصرف وجوه، نحوه نگهداری حسابها و صورت‌های مالی و عملکرد اجرایی به صورت مستمر رسیدگی و اظهارنظر می‌نماید. از دیگر وظایف این شرکت انجام کلیه امور اداری، مالی، مدیریتی، حقوقی و قانونی نهاد واسط و همچنین نگهداری حسابها و دفاتر مالی نهاد واسط و رد آن پس از اتمام مدت قرارداد است.^۵

۴. دارنده اوراق

دارندگان اوراق بهادار اسلامی به عنوان یک طرف اصلی عقد با توجه به نوع صکوک منتشره جایگاه حقوقی متمایزی دارند. در سازوکار انتشار اوراق بهادار منفعت، دارنده اوراق به عنوان مالک منافع عرضه شده در اوراق، درواقع، نقش مستأجر را ایفا می‌کند و در راستای این جایگاه، تعهدات و حقوقی به عنوان او می‌آید. به عنوان نمونه، دارنده اوراق تنها در محدوده قرارداد، حق استیفا از منافع را دارد، یا اینکه در صورتی که در نحوه بهره‌برداری از منافع قید مباشرت شده باشد، حق انتقال این اوراق از او سلب می‌گردد^۶ (شهید اول، ۱۴۱۰: ۱۵۵. علامه حلی، ۱۴۲۰، ج ۳: ۷۸). دارنده این اوراق که در نقش مستأجر ایفای نقش می‌کند امین محسوب شده و تنها در صورت تعدی و تفریط ضامن می‌باشد. البته بسیاری از امور مذکور به وسیله شروط ضمن عقدی که بین دارنده اوراق و نهاد واسط و سایر طرف‌های قرارداد، اعم از بانی و ...، منعقد شده، قابل تغییر می‌باشد.

مهم‌ترین حق دارندگان اوراق منفعت، حق دریافت تسهیلات توصیف شده در این اوراق در سررسیدهای تعیین شده است. برای تضمین این حق، نهاد واسطه شیوه‌هایی چون تعیین ضامن و بیمه دارایی را در نظر گرفته و با انعقاد قرارداد ضمانت و الزام به بیمه دارایی از سوی بانی این حق را تضمین می‌کند.

لازم است ذکر شود، اگرچه دارندگان اوراق در فرآیند واگذاری اوراق به‌عنوان یکی از طرفین این مشارکت، رکن محسوب می‌گردند، اما به‌حسب واقع در مرحله انتشار اوراق رکن نمی‌باشد و قرار دادن آن در گروه «ارکان انتشار اوراق منفعت» با نوعی مسامحه صورت پذیرفته است. مؤید این مطلب آن است که در فهرست ارکان هیچ‌یک از اوراقی که تاکنون قانون انتشار آنها وضع گردیده، نامی از دارندگان اوراق برده نشده است.^۷

۵. ضامن

یکی دیگر از ارکان انتشار اوراق بهادار اسلامی، ازجمله اوراق بهادار منفعت، ضامن است. ضامن شخص حقوقی است که تعهداتی را که بانی ملزم به انجام و تحویل آنها توسط نهاد واسطه است، تضمین می‌نماید.

اگرچه همچون اوراق اجاره، مرابحه و ...، دستورالعمل جداگانه‌ای در مورد نحوه انتشار اوراق منفعت بیان نشده است، اما با الغای خصوصیت از اوراق مذکور و اینکه در تمام دستورالعمل‌های منتشره در مورد انتشار اوراق بهادار (علاوه بر ذکر برخی قوانین منحصر به آن اوراق) قواعدی مشترک یافت می‌شود، می‌توان ویژگی‌های ضامن را بدین گونه بیان داشت:

۱-۵. الزامی بودن نصب ضامن

رتبه‌بندی اعتباری که درواقع ارزیابی احتمال پرداخت به‌موقع تعهدات مالی بانی است توسط مؤسسات ذیصلاح انجام می‌پذیرد. مؤسسات رتبه‌بندی با بررسی و تحلیل اطلاعات به‌دست آمده از منابع مختلف در مورد ناشر، صنعت، وضع کلی اقتصاد و ماهیت اوراق بهادار، رتبه اوراق را تعیین می‌کنند و نیز وضعیت مالی و سرمایه‌ای بانی را به لحاظ امکان ایفای تعهدات خویش معین می‌نمایند و صلاحیت مالی آنها را برای پرداخت سود و اصل اوراق تضمین می‌کنند. در صورتی که شرکتی، رتبه‌بندی اعتباری نداشته باشد وجود ضامن در فرآیند انتشار اوراق آن

شرکت الزامی است.^۸

۲-۵. مستقل بودن ضامن از بانی

اگرچه ضامن توسط بانی و با تأیید سازمان بورس تعیین می‌گردد، اما باید شخصیت حقوقی مستقل از شخصیت بانی داشته باشد تا بدین ترتیب هدف از نصب ضامن که همانا حمایت از دارندگان اوراق در برابر تخطی بانی از انجام وظایفش است، تأمین گردد.^۹

۳-۵. مطمئن و متمول بودن ضامن

از آنجاکه انتشار تمامی انواع اوراق بهادار، از جمله اوراق منفعت، تنها با اخذ مجوز از سازمان بورس و اوراق بهادار اسلامی مجاز می‌باشد، لذا متقاضیان اوراق مبتنی بر اعتماد به سازمان مذکور و به پشتوانه قوانین حمایتی و نظارتی آن، انگیزه بیش‌تری برای خرید این اوراق پیدا می‌کنند. در همین راستا، سازمان اوراق بهادار اسلامی نیز با نصب مقررات ویژه در پی پاسخگویی به این اعتماد و حمایت از دارندگان این اوراق می‌باشد. الزام به معرفی ضامن از سوی بانی (در صورتی که شرکت بانی فاقد رتبه‌بندی اعتباری باشد) از همین دست قوانین است. اگرچه طبق ماده ۶۹۰ قانون مدنی کشورمان،^{۱۰} مال‌دار بودن ضامن شرط صحت ضمانت نمی‌باشد، اما از آنجاکه قانون مذکور تنها یک قاعده تکمیلی است و امکان شرط برخلاف آن وجود دارد، لذا سازمان بورس با افزودن قیدی تنها به برخی از مؤسسات و نهادهای مالی از جمله بانک‌ها، مؤسسات مالی و اعتباری تحت نظارت بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران، بیمه‌ها و شرکت‌های تأمین سرمایه و برخی شرکت‌ها و نهادهای متمول دیگر اجازه داده تا در نقش ضامن در انتشار اوراق ظاهر گردند تا بدین ترتیب دارندگان اوراق با خاطری آسوده‌تر از جهت ضمانت نهادهای معتبر وارد این عرصه اقتصادی گردند.^{۱۱}

۴-۵. شرط عدم تأدیه مضمون‌عنه در التزام ضامن

از آنجاکه در فقه امامیه، برخلاف فقه اهل سنت، ضمانت به معنای نقل ذمه به ذمه می‌باشد (سیوری حلی،^{۱۲} بی‌تا: ۶۵، شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۴: ۱۷۱؛ علامه حلی، ۱۴۱۳، ج ۲: ۱۵۸) و با پذیرفتن ضمانت از سوی ضامن، ذمه مضمون‌عنه بری می‌گردد، اما طبق ماده ۶۹۹ قانون مدنی^{۱۳} شرط

خلاف در این امر پذیرفته و این امکان برای ضامن پیش‌بینی شده است که التزام خویش به پرداخت دین را منوط به عدم تأدیه دین از سوی مضمون‌عنه نماید.

به نظر می‌رسد گذاردن این شرط توسط ضامن در فرآیند عرضه اوراق منفعت نیز امری شرعاً و قانوناً بلااشکال است. همان‌طور که در عقد ضمانی که در اوراق اجاره طراحی شده است این قید در تعهدات ضامن گنجانده شده است. بدین ترتیب ضامن تنها در صورتی موظف به انجام تعهدات ناشر اوراق منفعت می‌باشد که وی از انجام آنها امتناع ورزد، در غیر این صورت ابتدا خود ناشر مسئول ایفاء تعهداتی که در ضمن برگه اوراق منفعت متعهد گردیده می‌باشد.

البته اختلافات احتمالی موجود بین ضامن و ناشر در صورت عدم انجام تعهدات در قبال یکدیگر در برابر دارندگان اوراق قابل استناد نمی‌باشد. به عبارتی، ضامن نمی‌تواند به علت عدم انجام تعهدات ناشر در قبال وی از مسئولیت خود در برابر دارندگان اوراق منفعت شانه خالی کند.

۶. عامل فروش^{۱۴}

در فرآیند عملیاتی انتشار اوراق منفعت می‌توان به نقش عامل فروش اشاره کرد. اگرچه به نظر نمی‌رسد عامل فروش به‌عنوان یک رکن به معنای واقعی کلمه در انتشار اوراق ازجمله اوراق منفعت نقش داشته باشد، ولی به‌هرحال وجود این نهاد نقش بسزایی در روان‌سازی و تسهیل عرضه اوراق به متقاضیان دارد.

نقش عامل فروش که درواقع واسطه بین ناشر اوراق، یعنی نهاد واسط و خریداران اوراق، یعنی سرمایه‌گذاران است در مرحله اولیه انتشار اوراق و نیز در تکمیل فرآیند عرضه عمومی^{۱۵} در بازار اولیه حائز اهمیت است.

عامل فروش که شخص حقوقی است از بین بانک‌ها یا مؤسسات مالی و اعتباری تحت نظارت بانک مرکزی و شرکت تأمین سرمایه، شرکت‌های کارگزاری بورس اوراق بهادار تهران و یا فرابورس ایران تعیین می‌گردد،^{۱۶} درواقع از لحاظ حقوقی وکیل واسط در عرضه اوراق به عموم است. به عبارتی، بانی انتشار اوراق را به نهاد واسط واگذار نموده و او را وکیل خود در این امر قرار داده و نهاد واسط پس از انتشار اوراق امر فروش آن را طی قرارداد عاملیت فروش اوراق به عامل فروش واگذار می‌کند. درواقع، عامل فروش، نماینده نهاد واسط بوده و تنها درفروش اوراق از نهاد واسط وکالت دارد.

عامل فروش پس از فروش اوراق بهادار منفعت باید مبالغ فروش و پذیره نویسی^{۱۷} را به حساب نهاد واسطه واریز کند. عامل فروش باید گزارشی از نتیجه فروش اوراق را ظرف مدت ۱۵ روزه سازمان بورس و اوراق بهادار اطلاع دهد.

۷. بازگردان

بند ۱۵ قانون بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران، بازگردان را این گونه تعریف کرده است: «بازگردان، کارگزار^{۱۸} یا معامله گری است که با اخذ مجوز لازم با تعهد به افزایش نقد شوندگی و تنظیم عرضه و تقاضای اوراق بهادار معین و تهدید دامنۀ نوسان قیمت آن، به دادوستد آن اوراق می پردازد.»

در توضیح نقش و مسئولیت بازگردان می توان بیان داشت که بازگردان، درواقع یک شخصیت حقوقی است که ازجمله وظایف آن حفظ بازار روان و منظم در فرآیند انتشار و عرضه اوراق بهادار اسلامی است. درهمین راستا، هرزمانی که بازار اوراق بهادار با کساد می شود این نهاد با خریدوفروش سهام به روانی بازار کمک می کند. بدین صورت که در مواقعی که دارنده اوراق به نقدینگی نیاز دارد و خواهان فروش اوراق خود در بازارهای ثانویه است، اما به دلیل رکود بازار، خریدار مناسبی برای اوراق نمی یابد اوراق را از دارنده خریداری می کند و در زمان مناسب، مناسب با شرایط بازار به فروش اوراق خریداری شده مبادرت می ورزد.

درواقع، بازگردان هم نقش خریدار اوراق و هم نقش فروشنده را بازی می کند. با این تفاوت که وظیفۀ اصلی بازگردان، خریدوفروش اوراق در زمان های کساد بازار اوراق بهادار است. با توجه به نحوه عملکرد این نهاد و وظیفه ای که برعهده گرفته دارد، الزاماً این نهاد باید سرمایه کافی در اختیار داشته باشد. با توجه به همین امر، ماده ۹ دستورالعمل انتشار اوراق اجاره^{۱۹} به درستی با تأکید بر تمکن دارایی بازگردان، تأیید بازگردان توسط سازمان بورس را به کفایت سرمایه این نهاد حقوقی منوط کرده است.^{۲۰}

در فرآیند انتشار و عرضه اوراق منفعت نیز، همچون سایر اوراق بهادار انتفاعی، نقش نهاد بازگردان بسیار مهم و تأثیرگذار است. بدین نحو که دارندگان اوراق منفعت که به دلایلی چون نیاز به نقدینگی یا عدم احتیاج به منفعت یا خدمت ارائه شده در این اوراق در سررسید، دربی انتقال این اوراق در بازارهای ثانویه هستند، می توانند در صورت نبود متقاضی مناسب با انتقال اوراق خود

به بازگردان به هدف خود نیل یابند. حتی ممکن است در مواردی دارندگان اوراق منفعت نیازی به مراجعه به این نهاد نداشته باشند، ولی صرف وجود چنین نهادی موجب اطمینان خاطر و جلب اعتماد هر چه بیش تر دارندگان در جهت ورود به عرصه بازارهای اوراق بهادار می گردد.

۸. متعهد پذیرهنویسی

پذیره نویسی فرآیند خرید اوراق بهادار از ناشر یا نماینده قانونی وی و تعهد پرداخت وجه کامل آن طبق قرارداد است،^{۲۱} نهاد متعهد پذیرهنویسی، شخصی جدا از خریداران اوراق است که توسط بانی معرفی می شود و همچون نهاد بازگردان نیازمند سرمایه کافی برای خرید اوراقی خواهد بود که ظرف مهلت مقرر به فروش نرسیده است. بنابراین نهاد معرفی شده از سوی بانی تنها پس از بررسی کفایت سرمایه توسط سازمان بورس انتخاب می گردد.^{۲۲}

متعهد پذیرهنویسی پس از اخذ مجوز، طی قراردادی که با نهاد واسطه منعقد می کند ملتزم می شود در صورتی که به فروش نرسیدن تمامی اوراق منفعت منتشره، اوراق به فروش نرسیده را به قیمت تعیین شده از نهاد واسطه خریداری نماید. این قرارداد که از بعد حقوقی عقدی غیر معین است بر مبنای ماده ۱۰ قانون مدنی^{۲۳} که مطابق با اصل حاکمیت اراده است، الزام آور می باشد. در صورتی که به علت اهمال نهاد متعهد پذیرهنویسی فرآیند پذیرهنویسی کامل نگردد، نهاد مزبور مسئول جبران خسارت وارده به نهاد واسطه و سرمایه گذاران ذینفع می باشد. به همین منظور در قراردادهای دو جانبه ای که بین متعهد پذیرهنویسی و نهاد واسطه منعقد گردیده، بابت هر روز تأخیر، وجه التزامی معین می گردد که متعهد پذیرهنویسی ملزم به پرداخت آن به نهاد واسطه است. شرکت تأمین سرمایه یکی از نهادهایی است که طبق بند ۱۸ ماده یک^{۲۴} قانون بازار اوراق بهادار می تواند به عنوان متعهد پذیرهنویسی انجام فعالیت نماید.

۹. مشاور عرضه و سرمایه گذاری

مشاور عرضه و سرمایه گذاری^{۲۵} از دیگر نهادهایی است که می تواند در بهبود و روان سازی هر چه بیش تر فرآیند انتشار و عرضه اوراق بهادار، از جمله اوراق بهادار منفعت، مفید واقع گردد. مشاور عرضه و سرمایه گذاری، شخص حقوقی است که در قالب قراردادی مشخص درباره خرید و فروش اوراق بهادار به سرمایه گذار مشاوره می دهد. البته هیأت مدیره بورس طی مصوبه ای در مورخ

۱۳۸۷/۱۲/۳ انتشار هر گونه اوراق بهادار به غیر از سهام و اوراق مشارکت را که نیاز به مجوز سازمان داشته باشد، تنها از طریق مشاوران عرضه، قابل ارائه به سازمان بورس دانسته است.^{۲۶}

اوراق اجاره

اوراق اجاره یکی از ابزارهای نوین تأمین مالی است که در یکی دو دهه اخیر توسط متفکرین اقتصاد اسلامی و با استفاده از ظرفیت‌های موجود در فقه اسلامی طراحی شده است. صکوک اجاره، در حقیقت اوراق بهاداری است که دارنده آن به صورت مشاع مالک بخشی از دارایی است که منافع آن بر اساس قرارداد اجاره توسط شرکت واسط به مصرف کننده یا همان بانی واگذار شده است (سروش و صادقی، ۱۳۸۶، ش ۲۷: ۱۶۰).

بند «الف» ماده یک دستورالعمل انتشار اوراق اجاره مصوب ۸۹/۵/۱۱ شورای عالی بورس نیز، اوراق اجاره را این گونه تعریف کرده است: «اوراق اجاره اوراق بهادار بانام قابل نقل و انتقال است. هر ورق اجاره نشان دهنده مالکیت مشاع دارنده آن در دارایی مبنای انتشار اوراق اجاره است.» اوراق اجاره دارای انواع مختلفی است که در یک دسته بندی کلی می توان آن را به دو قسم زیر تقسیم کرد (موسویان، ۱۳۸۹، ص ۲۶۶):

۱. اوراق اجاره به شرط تملیک

در این نوع از اوراق، ناشر اوراق با استفاده از وجوه جمع آوری شده از فروش اوراق اجاره کالاهای سرمایه ای و مصرفی بادوامی را خریداری کرده و در قالب قرارداد اجاره به شرط تملیک^{۲۷} به متقاضیان واگذار می کند. با این توضیح که در پایان قرارداد اجاره مطابق شرط کالای مورد نظر به تملیک مستأجر درمی آید. به عنوان مثال، اگر یک نهاد واسط با وجوه جمع آوری شده از انتشار و فروش اوراق اجاره مبادرت به خرید ۱۰۰ دستگاه کامیون حمل کالا کرده و آن را به یک شرکت خدماتی حمل و نقل در قالب قرارداد اجاره به شرط تملیک واگذار کند، نهاد واسط اجاره بهایی را که این شرکت در دوره های معین پرداخت کرده، دریافت و بین دارندگان اوراق تقسیم می کند و در پایان دوره، نهاد واسط کامیون ها را مطابق شرط مندرج در قرارداد به تملیک شرکت خدماتی درمی آورد.

از نظر فقها شرط تملیک در پایان مدت اجاره تنها به صورت شرط فعل^{۲۸} صحیح است و

در صورتی که به شکل شرط نتیجه^{۲۹} واقع گردد با مشکل مواجه می‌شود.

۲. اوراق اجاره عادی

دسته دوم از اوراق اجاره (بر اساس نوع قرارداد)، اوراق اجاره عادی است. در این اوراق، مؤسسه مالی، کالاهای سرمایه‌ای و مصرفی بادوام را متناسب با عمر مفید آن برای مدت‌زمان مشخص به استفاده‌کنندگان (مستأجران) اجاره می‌دهد و در پایان قرارداد کالای مذکور را تحویل گرفته در بازار کالاهای مستهلک به فروش می‌رساند و قیمت حاصل از فروش را به حساب صاحبان اوراق منظور می‌دارد (فراهانی فرد، ۱۳۸۱: ۳۷۶).

مقایسه اوراق منفعت با اوراق اجاره

۱. برخی از وجوه تشابه

۱- اوراق بهادار منفعت و اوراق اجاره، هر دو، در دسته ابزارهای مالی انتفاعی اسلامی جای دارند.
۲- از آنجاکه بعد از تبدیل وجوه حاصل از واگذاری اوراق اجاره به دارایی، صاحبان اوراق اجاره به صورت مشاع مالک آن دارایی‌ها و به تبع آن مالک اجاره‌بهای حاصل از اجاره دادن آنها هستند، در نتیجه هر زمان که بخواهند می‌توانند سهم خودشان از آن مالکیت مشاع را به هر کس که بخواهند منتقل کنند و بعد از انتقال صاحب جدید اوراق مالک سهم مشاع از دارایی‌ها خواهد بود. به همین ترتیب، دارندگان اوراق منفعت نیز که مالک منافع توصیف شده در اوراق می‌باشند، در صورتی که تمایل به استفاده از منافع در سررسید اوراق نداشته باشند، قادر به انتقال آنها در بازارهای ثانویه‌اند. این نقل و انتقالات همچنان که هیچ‌گونه محذور قانونی نداشته، از نظر فقهی نیز طبق «قاعده سلطنت»^{۳۰} کاملاً مشروع و صحیح می‌باشد.

۳- فروش اولیه هر دوی این اوراق، مبتنی بر دو عقد اصلی وکالت و اجاره می‌باشد.
این شباهت‌های ظاهری نباید موجب شود تا ماهیت اوراق منفعت مشابه اوراق اجاره در نظر گرفته شود.

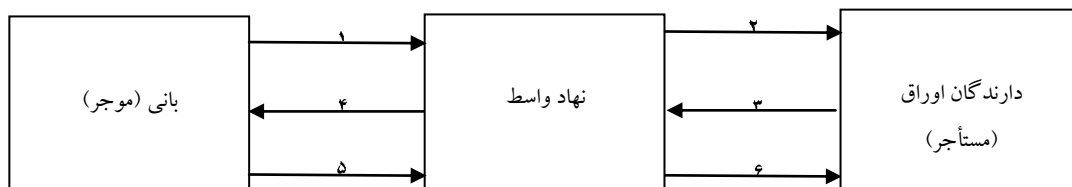
۲. برخی از وجوه تمایز

۱ - مهم‌ترین وجه تمایز این دو قسم اوراق در جنس دارایی تحت مالکیت دارندگان اوراق است. در اوراق منفعت دارندگان اوراق مالک منافع یا خدمات توصیف‌شده در اوراق منفعت می‌باشند و درواقع در نقش مستأجر ایفای نقش می‌کنند. درحالی‌که دارندگان اوراق اجاره مالک عین کالاهای سرمایه‌ای و مصرفی بادوامی هستند که ناشر اوراق به وکالت از طرف آنها اجاره (عادی) به شرط تملیک) داده است. بنابراین، در حقیقت، در نقش موجر ایفای نقش می‌کنند. این تفاوت موجب گردیده که کارایی این دو نوع از اوراق تقریباً مقابل یکدیگر قرار گیرد.

در اوراق منفعت بانی از طریق نهاد واسط منافع و خدمات دارایی را که مالکیت آن عین به خود او تعلق دارد به وسیله انتشار اوراق منفعت عرضه می‌دارد. درحالی‌که در اوراق اجاره، حداقل تا سررسید اوراق بانی مالک عین نبوده و مالک منافع اعیانی است که این اعیان در تملک دارندگان اوراق است.

برای مقایسه بهتر این دو قسم از اوراق، مدل عملیاتی ساده‌ای از هر یک از این اوراق در ذیل آورده شده است:

مدل عملیاتی اوراق منفعت

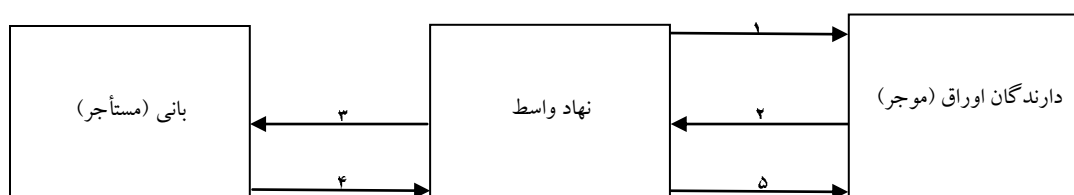


- ۱ - اعطای وکالت توسط بانی به نهاد واسط جهت اجاره دادن منافع دارایی‌های بانی؛
- ۲ - نشر و فروش اوراق منفعت توسط نهاد واسط با کسب مجوزهای لازم از سازمان بورس و اوراق بهادار؛
- ۳ - جمع‌آوری وجوه حاصل از فروش اوراق منفعت توسط نهاد واسط؛
- ۴ - تحویل وجوه جمع‌آوری‌شده توسط نهاد واسط به بانی جهت تأمین اهداف مالی؛
- ۵ - تحویل خدمات و منافع توصیف‌شده از سوی بانی به نهاد واسط به عنوان وکیل دارندگان

اوراق؛

۶- تحویل تسهیلات از سوی نهاد واسط به متقاضیان اوراق؛

مدل عملیاتی اوراق اجاره



۱- نشر و فروش اوراق اجاره توسط نهاد واسط با شناخت دارایی موردنیاز بانی و کسب مجوزهای لازم از سازمان بورس و اوراق بهادار؛

۲- اعطای وکالت توسط دارندگان اوراق به نهاد واسط در خرید و اجاره کالای مصرفی یا سرمایه‌ای با مبالغ اسمی اوراقی که به نهاد واسط تحویل داده شده؛

۳- خرید کالای موردنظر توسط نهاد واسط و تحویل آن ضمن قرارداد اجاره (عادی/ به شرط تملیک) به بانی؛

۴- تحویل اجاره‌بها توسط بانی به نهاد واسط به عنوان نماینده مالکان اعیان (دارندگان اوراق)؛

۵- توزیع اجاره‌بهای دریافتی از بانی بین دارندگان اوراق توسط نهاد واسط پس از کسر حق الزحمه وکالت.

همان‌طور که در طرح واگذاری این دو نوع اوراق نیز به وضوح روشن است:

۱- نقش موجر و مستأجر در این دو نوع از اوراق کاملاً جابه‌جا است.

۲- اوراق اجاره از جمله ابزارهای مالی انتفاعی با سود معین می‌باشد، اما اوراق منفعت از ابزارهای مالی انتفاعی با سود متغیر محسوب می‌شود.

۳- برخلاف دارایی مبنای انتشار اوراق اجاره که باید عین موجود باشد،^{۳۱} در اوراق منفعت مستأجر (دارندگان اوراق) می‌تواند خدمات و منافع دارایی را که در آینده به وجود می‌آید، مالک گردد و ضرورتی به وجود دارایی که مبنای انتشار اوراق قرار گرفته در زمان انتشار اوراق نیست. به عنوان مثال می‌توان خدمات بهره‌برداری از یک اتوبان معین را در طی سال‌های ۱۳۹۶ الی ۱۳۹۸

در قالب اوراق منفعتی که در سال ۱۳۹۰ منتشر شده، عرضه کرد و درحالی که اتوبان مذکور به وسیله وجوه جمع آوری شده توسط انتشار و انتقال اوراق منفعت طی سالهای ۱۳۹۰ الی ۱۳۹۶ ساخته خواهد شد، درحالی که در اوراق اجاره، مستأجر (بانی) مالک منافع عینی می شود که موجود است.

۴ - همان طور که در مطالب سابق نیز ذکر گردید یکی از مزایای مهم اوراق منفعت برای بانی، امکان استفاده از وجوه جمع آوری شده از انتشار و انتقال این اوراق در جهت اهداف مختلف مرتبط و غیر مرتبط با طرح مبنای انتشار اوراق منفعت است، اما در اوراق اجاره وجوه جمع آوری شده از فروش اوراق صرفاً در جهت خرید دارایی مصرفی یا سرمایه ای بادوامی که نهاد واسط از سوی دارندگان اوراق در خرید آن وکالت دارد، مجاز می باشد.^{۳۲}

۵ - فروش ثانویه اوراق اجاره (عادی / به شرط تملیک) در بازارهای ثانویه مجاز و در قالب قرارداد بیع امکان پذیر است؛ چراکه دارندگان اوراق به نحو مشاع مالک بخشی از دارایی مبنای انتشار اوراق هستند، بنابراین هر زمان که مایل باشند قادرند عین دارایی تحت ملکیت خود را در قالب بیع به دیگری منتقل کنند. در این صورت، دارندگان جدید اوراق، مالکین جدید دارایی خواهند بود؛ اما فروش ثانویه اوراق منفعت در قالب قرارداد بیع به سادگی انتقال اوراق اجاره رخ نمی دهد و حتی اکثر صاحب نظران آن را غیرمجاز می دانند. چراکه آنچه به واسطه انتقال اوراق منفعت منتقل می شود منافع است و انتقال منافع تحت قالب عقد بیع صحیح نمی باشد و به نظر مشهور فقها قرارداد بیع به انتقال مالکیت اعیان اختصاص دارد (نجفی، ۱۴۲۶: ۱۴۳).

نتیجه گیری

همان طور که در مقایسه کلی اوراق اجاره و اوراق منفعت مشاهده گردید، باوجود شباهتهایی چون انتفاعی بودن هر دو نوع از اوراق، انتقال آن دو بر اساس عقود وکالت و اجاره به خریداران ابتدایی اوراق و قابلیت انتقال آنها در بازارهای مالی ثانویه، این اوراق از یکدیگر متمایزند. اوراق منفعت در زمره ابزارهای سود ده انتظاری و اوراق اجاره دارای سود معین می باشند. هم چنین، دارندگان اوراق منفعت مالک منافع و خدمات آتی دارایی بادوام بوده و دارندگان اوراق اجاره در نمایی کلی مالک عین دارایی هستند که منافع آن عرضه می شود. علاوه بر این، وجوه حاصل از فروش اوراق منفعت طبق صلاح دید ناشران آن قابل استفاده می باشد، ولی عواید فروش از اوراق

اجاره صرفاً صرف خرید عین دارایی مذکور در قرار داد می‌شود. همین تفاوت‌های بارز موجب شده تا این دو نوع از اوراق از لحاظ کارکرد تفاوت‌های بنیادی با یکدیگر پیدا کنند، به‌طوری‌که برای مخاطبان با اهداف گوناگون جذابیت و کارایی جداگانه‌ای داشته باشند. بنابراین جایگزینی هر یک از این اوراق توسط دیگری امری اشتباه و نابجا است.

پی‌نوشت‌ها

۱. بند «ب» ماده ۱ دستورالعمل فعالیت نهاد واسط مصوب ۱۳۸۹/۵/۱.
۲. ماده ۲ قانون تجارت جمهوری اسلامی ایران.
۳. ماده ۴ قانون محاسبات عمومی کشور: «شرکت دولتی واحد سازمانی مشخصی است که با اجازه قانون به‌صورت شرکت ایجاد شود و یا به‌حکم قانون و یا دادگاه صالح ملی شده و یا مصادره شده و به‌عنوان شرکت دولتی شناخته شده باشد و بیش از ۵۰ درصد سرمایه آن متعلق به دولت باشد. هر شرکت تجاری که از طریق سرمایه‌گذاری شرکت‌های دولتی ایجاد شود، مادامی‌که پنجاه درصد سهام آن متعلق به شرکت‌های دولتی است، شرکت دولتی تلقی می‌شود».
۴. ماده ۳ دستورالعمل فعالیت نهاد واسط: «شرکت "مدیریت دارایی مرکزی" مسئول تأسیس و اداره نهادهای واسط بر اساس مقررات مربوطه می‌باشد».
۵. ماده ۸ دستورالعمل فعالیت نهاد واسط: «کلیه امور اداری، مالی، مدیریتی، حقوقی و قانونی نهاد واسط توسط شرکت مدیریت دارایی مرکزی انجام می‌شود. نهاد واسط مجاز به ایجاد بخش‌های اداری، تشکیلاتی و عملیاتی مستقل نمی‌باشد».
۶. «لِلْمُسْتَأْجَرِ أَنْ يُؤْجَرَ إِلَّا مَعَ شَرْطِ اسْتِيفَاءِ الْمُنْفَعَةِ بِنَفْسِهِ» (شهید اول، ۱۴۱۰: ۱۵۵).
۷. دستورالعمل انتشار اوراق بهادار اجاره مصوب ۱۳۸۹/۵/۱۱ شورای عالی بورس؛ دستورالعمل انتشار اوراق مرابحه مصوب سال ۱۳۹۰ هیأت مدیره سازمان بورس و اوراق بهادار؛ دستورالعمل انتشار اوراق قرض‌الحسنه مصوب ۱۳۹۰/۱۰/۱۷ هیأت مدیره سازمان بورس و اوراق بهادار.
۸. مستفاد از تبصره ۲ ماده ۵ دستورالعمل انتشار اوراق بهادار اجاره مصوب ۱۳۸۹/۵/۱۱ شورای عالی بورس؛ تبصره ۲ ماده ۵ دستورالعمل انتشار اوراق مرابحه مصوب سال ۱۳۹۰ هیأت مدیره سازمان بورس و اوراق بهادار؛ تبصره ۲ ماده ۴ دستورالعمل انتشار اوراق قرض‌الحسنه مصوب ۱۳۹۰/۱۰/۱۷ هیأت مدیره سازمان بورس و اوراق بهادار.
۹. مستفاد از ماده ۴ دستورالعمل انتشار اوراق سفارش ساخت مصوب ۱۳۹۲/۹/۲ هیأت مدیره سازمان بورس؛ ماده ۵ دستورالعمل انتشار اوراق مرابحه مصوب سال ۱۳۹۰ هیأت مدیره سازمان بورس و

- اوراق بهادار؛ ماده ۴ دستورالعمل انتشار اوراق قرض الحسنه مصوب ۱۳۹۰/۱۰/۱۷ هیأت مدیره سازمان بورس و اوراق بهادار؛ تبصره ۱ ماده ۵ دستورالعمل انتشار اوراق بهادار اجاره مصوب ۱۳۸۹/۵/۱۱ شورای عالی بورس.
۱۰. ماده ۶۹۰ قانون مدنی: «در ضمان شرط نیست که ضامن مال دار باشد...».
 ۱۱. مستفاد از ماده ۴ دستورالعمل انتشار اوراق سفارش ساخت، مصوب ۱۳۹۲/۹/۲ هیأت مدیره سازمان بورس و اوراق بهادار؛ ماده ۴ دستورالعمل انتشار اوراق قرض الحسنه مصوب ۱۳۹۰/۱۰/۱۷ هیأت مدیره سازمان بورس و اوراق بهادار؛ ماده ۵ دستورالعمل انتشار اوراق مرابحه مصوب سال ۱۳۹۰ هیأت مدیره سازمان بورس و اوراق بهادار.
 ۱۲. «الضمان عندنا بنقل المال من ذمة إلى ذمة، و قيل ضم ذمة إلى ذمة، و هو قول الفقهاء الأربعة». (سیوری حلی، بی تا: ۶۵).
 ۱۳. ماده ۶۹۹ قانون مدنی: «تعليق در ضمان مثل اینکه ضامن قید کند که اگر مدیون نداند ضامنم باطل است ولی التزام به تأدیه ممکن است معلق باشد».
 ۱۴. بند «ز» ماده ۱ دستورالعمل انتشار اوراق بهادار اجاره.
 ۱۵. طبق بند ۲۶ ماده ۱ قانون بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران، عرضه اوراق برای فروش نزد عموم عرضه عمومی نام دارد.
 ۱۶. ماده ۷ دستورالعمل انتشار اوراق اجاره.
 ۱۷. بند ۲۸ قانون بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران.
 ۱۸. بند ۱۴ ماده ۱ قانون بازار بورس و اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران: «کارگزار/ معامله گر، شخص حقوقی است که اوراق بهادار را برای دیگران و به حساب آنها و یا به نام و حساب خود معامله می کند».
 ۱۹. ماده ۹ دستورالعمل انتشار اوراق اجاره: «بازگردان اوراق اجاره توسط بانی معرفی و در صورت کفایت سرمایه با تأیید سازمان انتخاب می گردد».
 ۲۰. شرکت تأمین سرمایه یکی از شرکت هایی است که به موجب بند ۱۶ ماده یک قانون بازار اوراق بهادار می تواند در سمت بازگردان ایفای نقش کند.
 ۲۱. بند ۲۸ ماده ۱ قانون بازار اوراق بهادار.
 ۲۲. ماده ۱۰ دستورالعمل انتشار اوراق اجاره: «متعهد پذیرهنویسی توسط بانی معرفی و در صورت کفایت سرمایه با تأیید سازمان انتخاب می گردد».
 ۲۳. ماده ۱۰ قانون مدنی: «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده اند،

- در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است».
۲۴. بند ۱۸ ماده ۱ قانون بازار اوراق بهادار: «شرکت تأمین سرمایه شرکتی است که به عنوان واسط بین ناشر اوراق بهادار و سرمایه گذاران فعالیت می کند و می تواند فعالیت های کارگزاری، معامله گری، بازگردانی، مشاوره، سبد گردانی، پذیرهنویسی، تعهد پذیرهنویسی و فعالیت های مشابه را با اخذ مجوز از سازمان انجام دهد».
۲۵. بند ۱۶ قانون بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران.
۲۶. نامه شماره ۱۲۱/۶۲۴۶ مورخ ۱۳۸۷/۱۱/۱۹.
۲۷. مطابق ماده ۵۸ آیین نامه اجرایی قانون عملیات بانکداری بدون ربا، قرارداد اجاره به شرط تملیک، عقد اجاره ای است که در آن شرط شود مستأجر در پایان مدت اجاره و در صورت عمل به شرط مندرج در قرارداد عین مستأجره را مالک گردد (هدایتی، ۱۳۸۱: ۳۴۸).
۲۸. ذیل ماده ۲۳۴ قانون مدنی می گوید: «شرط فعل آن است که اقدام یا عدم اقدام به فعلی بر یکی از متعاملین یا بر شخص خارجی شرط شود».
۲۹. طبق ماده ۲۳۴ شرط نتیجه: «... آن است که تحقق امری در خارج شرط شود.» شرط نتیجه عبارت از شرط نمودن مقتضای یکی از عقود در ضمن معامله دیگر می باشد، مانند شرط قرار دادن ملکیت عین معین که نتیجه عقد بیع است ... در شرط نتیجه احتیاج به عمل ارادی دیگری غیر از درج شرط در ضمن عقد نیست. این است که گفته اند شرط نتیجه با انعقاد معامله اصلی و بنفس اشتراط حاصل می شود (امامی، بی تا، ج ۱: ۲۸۷-۲۸۶).
۳۰. النبی - صلی الله علیه و آله - قال: «الناس مسلطون علی أموالهم» (علامه حلی، بی تا، ج ۱: ۲۴۷ و حلی (فخرالمحققین)، ۱۳۸۷، ج ۲: ۵۹۴؛ شیخ طوسی، ۱۴۰۷، ج ۳: ۱۷۶؛ ۱۳۸۷، ج ۳: ۲۷۳).
۳۱. ماده ۱۱ دستورالعمل انتشار اوراق اجاره.
۳۲. ماده ۱۴ دستورالعمل انتشار اوراق اجاره.

منابع

- امامی، حسن. (بی تا) حقوق مدنی. تهران: انتشارات اسلامیه.
- توحیدی نیا، ابوالقاسم. (بهار و تابستان ۹۱) «جذب سپرده قرض الحسنه به کمک ابزار مالی اسلامی (صکوک)»، تحقیقات مالی/اسلامی، شماره ۲.
- حبیبیان نقیعی، مجید. (بی تا) درآمدی بر اوراق منفعت و مبانی شرعی آن، بی جا، بی تا.

- علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی. (۱۴۲۰ق.) تحریر الأحکام الشرعية على مذهب الإمامية، قم: مؤسسة امام صادق عليه السلام، چاپ اول، شش جلدی.
- _____. (۱۴۱۳ق.) قواعد الأحکام فی معرفة الحلال و الحرام، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، سه جلدی.
- _____. (بی تا) تذکرة الفقهاء قم: مؤسسة آل البيت عليهم السلام، چاپ اول.
- حلی (فخر المحققین)، محمد بن حسن بن یوسف. (۱۳۸۷ق.) ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، قم: مؤسسة اسماعیلیان، چاپ اول، چهار جلدی.
- سروش، ابوزر و محسن صادقی. (پاییز ۱۳۸۶) «مدیریت ریسک اوراق بهادار اجاره (صکوک اجاره)»، مجله اقتصاد اسلامی، شماره ۱۶۰.
- سیوری حلی، مقداد. (بی تا) کنز العرفان فی فقه القرآن، قم: بی نا، چاپ اول.
- طریق، علی ارسلان. (۱۳۸۷) مدیریت ریسک های ساختارهای صکوک، ترجمه مصطفی زهتابیان و علی سعیدی، تهران: دانشگاه امام صادق علیه السلام، سازمان بورس و اوراق بهادار.
- شیخ طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۰۷ق.) الخلاف، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول.
- _____. (۱۳۸۷ق.) المبسوط فی فقه الإمامية، تهران: المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، چاپ سوم، هشت جلدی.
- شهید اول، محمد بن مکی عاملی. (۱۴۱۰ق.) اللمعة الدمشقية فی فقه الإمامية، بیروت: دار التراث، الدار الإسلامية، چاپ اول.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی عاملی. (۱۴۱۳ق.) مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، قم: مؤسسه المعارف الإسلامیه، چاپ اول، پانزده جلدی.
- فراهانی فرد، سعید. (۱۳۸۱) سیاست های اقتصادی در اسلام، تهران: پژوهشکده فرهنگ و اندیشه اسلامی.
- مغنیه، محمد جواد. (۱۴۲۱ق.) فقه الإمام الصادق عليه السلام، قم: مؤسسة انصاریان، چاپ دوم.
- موسویان، عباس. (۱۳۸۹) مدل عملیاتی اوراق اجاره به شرط تملیک: گفتارهایی درباره اوراق بهادار اسلامی (صکوک)، تهران: دانشگاه امام صادق علیه السلام، چاپ اول.
- _____. (۱۳۸۶) ابزارهای مالی اسلامی (صکوک)، تهران: سازمان انتشارات فرهنگ و اندیشه اسلامی.
- موسوی بجنوردی، حسن. (۱۴۱۹ق.) القواعد الفقهية، قم: نشر الهادی، چاپ اول.

- نجفی، احمد (کاشف الغطاء). (۱۴۲۳ق.). سفینه النجاة و مشکاة الهدی و مصباح السعادات، نجف اشرف: مؤسسه کاشف الغطاء، چاپ اول.
- نجفی، محمدحسین (کاشف الغطاء). (۱۴۲۶ق.). الفردوس الأعلى، قم: دارانوار الهدی، چاپ اول.
- هدايتی، علی اصغر. (۱۳۸۱) عملیات بانکی د/خلی ۲، تهران: مؤسسه عالی بانکداری ایران.

بررسی حجیت مثبتات امارات و کاربرد آن در فقه و حقوق

سید ابوالقاسم نقیبی^۱

الهام مغزی نجف آبادی^۲

چکیده: یکی از مباحث بنیادی در علم اصول، بحث اعتبار مثبتات امارات است. امارات (ادله اجتهادی) از جمله ادله استنباط احکام شرعی اند که مؤدای آنها، علاوه بر مدلول مطابقی، گاه دارای مثبتاتی نیز هستند. منظور از مثبتات در اصطلاح علم اصول، آثار شرعی مترتب بر لوازم، ملزومات و ملازمات عقلی، عادی و اتفاقی مؤدای امارات و اصول عملیه می باشد. در مورد حجیت مثبتات امارات و علت آن، سه نظریه قابل ذکر است: برخی، ماهیت و ذات اماره را در عالم ثبوت مقتضی حجیت مثبتات آن دانسته و قائل به حجیت مثبتات مطلق امارات شده اند. برخی دیگر اگرچه قائل به حجیت مثبتات مطلق امارات شده اند؛ اما دلیل این امر را مربوط به عالم اثبات و اطلاق دلیل حجیت اماره دانسته اند. برخی نیز در این زمینه قائل به تفصیل شده و بین انواع امارات و انواع مثبتات آنها تفکیک نموده اند. به نظر می رسد برای بررسی حجیت مثبتات امارات، باید دلیل حجیت اماره مورد توجه قرار گیرد، پس اگر دلیل حجیت اماره، تعدی باشد مثبتات آن حجت نخواهد بود؛ اما اگر دلیل حجیت آن، بنای عقلا باشد (که غالباً اینگونه است) باید به محدوده بنای عقلا و مفاد دلیل امضای آن توجه نمود و چه بسا عقلا امری را اماره محسوب کنند، اما مثبتات آن را حجت ندانند، همانند اماره صحت، ید، فراش و اقرار.

کلیدواژه ها: امارات، مثبتات، لوازم عقلی و عادی و اتفاقی، ملزومات عقلی و عادی و اتفاقی، ملازمات عقلی و عادی و اتفاقی، اماره ید، اماره اقرار.

E-mail: da.naghibi@yahoo.com

۱. دانشیار دانشگاه شهید مطهری

۲. دانش آموخته مقطع کارشناسی ارشد فقه و حقوق خصوصی دانشگاه شهید مطهری

E-mail: emona691@gmail.com

دریافت مقاله: ۱۳۹۷/۳/۷ تأیید مقاله: ۱۳۹۷/۵/۲۲

مقدمه

بر اساس دیدگاه محققین، موضوع علم اصول، ذات دلیل است. ذات دلیل آن است که بتواند در مسیر استنباط احکام شرعی، مورداستفاده فقیه قرار بگیرد و وی به بررسی حجیت و عدم حجیت آن بپردازد. امارات، که ازجمله این ادله می‌باشند، دلایل ظنی معتبر هستند که نسبت به متعلق خود کاشفیت داشته و حاکی از واقع هستند.

شکی نیست که با اثبات اعتبار یک دلیل، اعتبار مدلول مطابقی و اثر شرعی مستقیم آن نیز اثبات می‌شود؛ اما در بسیاری از موارد یک دلیل می‌تواند لوازم، ملزومات، ملازمات عقلی و عادی و اتفاقی داشته باشد که آثار شرعی بر آنها مترتب می‌شود.

سؤالی که مطرح می‌شود این است که آیا همان‌طور که آثار شرعی بی‌واسطه دلیل حجت هستند، آثار شرعی باواسطه عقلی و عادی و اتفاقی آن (مثبتات) نیز حجت می‌باشند یا خیر. به‌طور کلی، می‌توان دیدگاه‌های اصولیان درباره حجیت مثبتات امارات را به سه قسم تقسیم کرد:

- ۱- مثبتات امارات، مطلقاً حجت است و لازمه ذات آنها می‌باشد.
 - ۲- مثبتات امارات، مطلقاً حجت است و حجیت آن به دلیل اطلاق ادله اعتبار امارات می‌باشد، بدون اینکه حجیت مثبتات آنها از لوازم ذات امارات باشد.
 - ۳- مثبتات امارات، به‌طور مطلق حجت نبوده و در این زمینه باید قائل به تفصیل شد.
- در این مقاله ابتدا، به بررسی این سه دیدگاه حجیت مثبتات امارات پرداخته شده، سپس با بررسی چند اماره فقهی حقوقی، کاربرد این بحث تبیین خواهد شد و درنهایت نتیجه مطلوب ارائه خواهد گردید.

۱. بررسی حجیت مثبتات امارات

۱-۱. حجیت مثبتات امارات، لازمه ذات آنها

گروهی از اصولیان معتقدند که اگر دلیلی، اماره باشد، در این صورت مثبتات آن نیز حجت است؛ به عبارت دیگر، معتقدند بین اماره بودن دلیل و حجیت مثبتات آن ملازمه وجود دارد. شیخ انصاری، میرزای نائینی و شهید صدر از این جمله هستند.

۱-۱-۱. نظر شیخ انصاری

شیخ انصاری به طور صریح به بحث اعتبار مثبتات امارات و دلیل آن نپرداخته است، اما با توجه به برخی عبارت‌های ایشان می‌توان گفت از دیدگاه ایشان، بین مثبتات امارات و اصول عملیه تفاوت وجود دارد و مثبتات امارات حجت می‌باشند، درحالی‌که مثبتات اصول عملیه، حجت نمی‌باشند. ایشان معتقدند:

اگر مدرک حجیت اصل استصحاب، اخبار نباشد، بلکه مدرک آن، ظن نوعی به بقای آنچه قبلاً موجود بوده است، باشد در این صورت، ظن به ملزوم، موجب ظن به لازم می‌شود؛ اگرچه لازم، عادی باشد و ممکن نیست بعد از حصول ظن به وجود ملزوم، ظن به عدم لازم حاصل شود؛ چراکه اگر ظن به عدم لازم حاصل شود، دراین صورت ظن به عدم لازم، مقتضی ظن به عدم ملزوم است و در نتیجه دیگر لوازم شرعی نیز بر ملزوم مترتب نمی‌شود، درحالی‌که چنین امری تناقض است. بنابراین اگر حجیت استصحاب، بر اساس ظن نوعی به بقای ما کان ثابت شود، دراین صورت چاره‌ای جز التزام به حجیت مثبتات آن نیست، زیرا ظن به ملزوم از ظن به لازم منفک نمی‌شود، چه لازم شرعی باشد و چه عقلی و عادی (انصاری، ۱۴۲۸، ج ۳، ص ۲۳۸).

وی در جای دیگر می‌نویسد: اگر حجیت استصحاب، از باب ظن نوعی ثابت شود، در این صورت استصحاب مانند یک اماره اجتهادی خواهد بود که هر اثری را که در مورد آن، عمل به ظن جایز است، برای مستصحب ثابت می‌کند (انصاری دزفولی، ۱۴۲۸، ج ۳: ۲۴۳).

همان‌طور که ملاحظه می‌شود، ظاهر عبارت شیخ انصاری آن است که حجیت مثبتات امارات از لوازم لاینفک حجیت امارات است (مؤمنی، ۱۳۸۵: ۴۰۹). اما به نظر می‌رسد ادعای ملازمه بین اعتبار ظن به یک امر و اعتبار ظن به لوازم آن در تمام موارد، صحیح نمی‌باشد، چراکه در موارد بسیاری بین حجیت ظن به ملزوم و حجیت ظن به لازم تفکیک وجود دارد. برای مثال:

۱- اگر دلیلی که دلالت بر حجیت اماره می‌کند، منحصر در ترتیب برخی از احکام بر مورد ظن و مؤدای اماره باشد، دراین صورت فقط همان آثار مترتب خواهد شد. مثلاً، هنگام شک در هلال ماه مبارک رمضان اگر فقط یک عادل به رؤیت هلال ماه رمضان، شهادت دهد، دراین صورت با این اماره وجوب روزه ثابت می‌شود، اما تمام احکام و آثار بر آن مترتب نمی‌شود. در نتیجه جایز نیست بعد از گذشت سی روز از اول ماه افطار شود، چراکه با شهادت عادل واحد، حکم به ثبوت

واقعی هلال ماه نمی‌شود تا اینکه این آثار بر آن مترتب شود.

۲- اگر دلیل دیگری غیر از دلیل اماره، بر عدم اعتبار ظن به لازم دلالت کند، در این صورت لوازم ظن به ملزوم اثبات نخواهد شد. برای مثال اگر ظن به مسئله فرعی، مستلزم ظن به مسئله اصولی باشد، ظن به این لازم حجت نخواهد بود؛ چراکه ظن در مسئله اصولی معتبر نیست. البته این مطلب در صورتی است که به دلیل خاصی بر عدم اعتبار ظن در مسئله اصولی استناد شود، نه اینکه به دلیل عام حرمت عمل به ظن تمسک شود.

۳- اگر دلیل دال بر اعتبار ظن به ملزوم، اهمال داشته باشد و اعتبار ظن را فی الجمله ثابت کند، در نتیجه عدم اعتبار ظن به لازم، به جهت عدم قیام دلیل بر اعتبار آن است، نه به جهت قیام دلیل بر عدم اعتبار آن، که این مورد هم در احکام کلی و شبهات حکمیه و هم در موضوعات خارجی اتفاق می‌افتد. در مورد شبهات حکمیه می‌توان به ظن به مسئله اصولی و یا لغوی مثال زد. البته بنابر اینکه حرمت عمل به ظن در مسئله اصولی از جهت عدم قیام دلیل بر اعتبار این ظن باشد، نه اینکه همانند مورد دوم دلیل خاص بر عدم اعتبار ظن به مسئله اصولی وجود داشته باشد. در موضوعات خارجی نیز می‌توان به ظن به قبله که در بعضی اوقات، مستلزم ظن به دخول وقت است، مثال زد. با توجه به این موارد می‌توان گفت که مبنای ملازمه بین اعتبار ظن به ملزوم و اعتبار ظن به لازم، صحیح نمی‌باشد (آشتیانی، ۱۴۳۰، ج ۷: ۱۴۸-۱۴۷؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۰۸، ج ۲: ۴۸۷).

۲-۱-۱. نظریه میرزای نائینی

نظریه میرزای نائینی^(ره) در مورد حجیت مثبتات امارات، مبتنی بر دیدگاه ایشان در مورد حقیقت و ماهیت امارات و اصول عملیه می‌باشد. به نظر ایشان آنچه در باب طرق و امارات جعل شده، طریقت و کاشفیت و واسطه بودن در اثبات است، به این معنا که شارع اماره را محرز و مثبت مؤدای خود می‌داند، و طریقی به سوی آن قرار داده است. به نظر ایشان جعل طریقت اشکالی ندارد؛ چراکه طریقت از امور اعتباری و قابل جعل است. در حالی که مجعول در باب اصول عملیه (مطلقاً)، مجرد تطبیق عمل بر طبق مؤدای اصل است، زیرا مقتضی کشف و احراز در اصول عملیه وجود ندارد. پس اصول عملیه به هیچ وجه، طریقتی به سوی مؤدای خود ندارند، بلکه فقط وظایف تبعیدی هستند که برای شخص شاک در حکم واقعی جعل شده‌اند (غروی نائینی، ۱۴۰۹، ج ۴: ۴۸۸-۴۸۴).

به عبارت دیگر، چون اماره فی حد ذاته نسبت به واقع، کاشفیت ناقص دارد، شارع با اعتبار بخشیدن به آن، جهت نقص کاشفیت اماره را کامل کرده و در نتیجه با این اعتبار شارع، اماره همانند علم، کاشف از واقع می شود و روشن است که بعد از انکشاف مؤدای اماره، همه آثار مؤدا و لوازم و ملزومات آن مترتب می شود. تنها تفاوتی که بین اماره و علم وجود دارد آن است که چون در مورد علم، تعبد شرعی امکان ندارد، اثبات لوازم و ملزومات آن متوقف بر ترتب اثر شرعی بر آنها نیست. در حالی که در امارات حتماً باید بر مثبتات، اثر شرعی مترتب شود تا حجت باشند، چراکه در صورت عدم ترتب اثر شرعی بر مثبتات، تعبد به مثبتات اماره لغو خواهد بود. (غروی نائینی، ۱۴۰۹، ج ۴: ۴۸۸-۴۸۴؛ زنجانی، ۱۴۲۹، ج ۱: ۲۹۵؛ ۱۴۳۲: ۲۵۲). همان طور که ملاحظه می شود از نظر میرزای نائینی^(ره) نیز حجیت مثبتات امارات، لازمه حجیت امارات می باشد. سید حسن بجنوردی نیز این نظریه را پذیرفته است (موسوی بجنوردی، بی تا، ج ۲: ۴۸۰). اما این نظریه اشکالاتی دارد که در ذیل به آنها اشاره می شود:

۱- مبنای ایشان هم از لحاظ ثبوتی و هم از لحاظ اثباتی دارای اشکال است. از نظر ثبوتی، جعل طریقت و کاشفیت برای اماره عقلاً محال است؛ چراکه کاشفیت از امور تکوینی است که جعل آن امکان ندارد. جعل فقط در مورد امور عقلایی که در عالم اعتبار به حسب اعتبارات عقلایی متحقق است، امکان دارد؛ در حالی که طریقت از امور اعتباری نیست که قابلیت جعل داشته باشد. بنابراین زمانی بحث پیرامون نوع مجعول، معنا دارد که جعلی صورت گرفته باشد، در حالی که در باب امارات اصلاً جعلی از ناحیه شارع صورت نگرفته و امارات صرفاً طرق عقلایی هستند که عقلاً برایشان، جعل طریقت نکرده اند (طباطبایی بروجردی، ۱۴۱۵: ۴۵۸؛ ۱۴۲۱: ۴۷۶).

۲- با صرف نظر از اشکال ثبوتی، از لحاظ اثباتی نیز دلیلی بر اثبات نظریه جعل طریقت و کاشفیت وجود ندارد؛ چراکه ادله حجیت امارات کم ترین ظهوری در جعل طریقت ندارند (موسوی خمینی، ۱۳۷۲، ج ۱: ۱۰۶) بلکه در این ادله، اصلاً تعبد و جعل کاشفیت به چشم نمی خورد و این ادله فقط در مقام امضای سیره عقلاً بر عمل به خبر واحد می باشد (جزایری مروج، ۱۴۱۵، ج ۷: ۵۴۶).

۳- بر فرض پذیرش نظریه جعل کاشفیت از لحاظ ثبوتی و اثباتی، استنتاج حجیت مثبتات امارات از باب ملازمه بین ثبوت شیء و ثبوت مثبتات آن دارای اشکال می باشد. چنانکه گفته شد محقق نائینی^(ره) معتقد است همان طور که علم وجدانی به شیء ای، مقتضی ترتب جمیع آثار حتی آثار

با واسطه عقلی و عادی است، علم تعبدی نیز چنین است؛ اما چنین تنظیری صحیح نمی‌باشد، چرا که علم وجدانی مقتضی ترتب جمیع آثار است، چون از علم به ملزوم (بعد از التفات به ملازمه) علم به لازم حاصل می‌شود. پس ترتب آثار لازم از جهت علم به ملزوم نیست، بلکه از جهت علم به خود لازم است که از علم به ملزوم نشأت می‌گیرد و به همین دلیل است که می‌گویند علم به نتیجه، متولد از علم به صغرا و علم به کبرا است. درواقع علم به صغرا، همان علم به ملزوم و علم به کبرا همان علم به ملازمه است. از این دو علم، علم وجدانی به لازم که همان علم به نتیجه است حاصل می‌شود، برخلاف علم تعبدی مجعول؛ چرا که از آن نه علم وجدانی به لازم حاصل می‌شود و نه علم تعبدی؛ چون علم تعبدی تابع دلیل تعبد است که بنابه فرض مختص به ملزوم است نه لازم (خوئی غروی، ۱۴۱۷، ج ۳: ۱۵۵؛ حسینی روحانی، ۱۴۱۳، ج ۶: ۲۲۸).

به هر حال، صرف این ادعا که مجعول در باب امارات، طریقت و کاشفیت است، مقتضی حجیت مثبتات امارات نمی‌باشد؛ چرا که در این صورت مبنای حجیت امارات، ادله لفظی و تأسیسی خواهد بود که نمی‌توان از آنها، حجیت مثبتات امارات را نتیجه گرفت (موحدی لنگرانی، ۱۳۸۰، ج ۱۵: ۱۵۳).

۳-۱-۱. نظریه شهید صدر

شهید صدر^(ره) وجه حجیت مثبتات امارات و عدم حجیت مثبتات اصول عملیه را مبتنی بر حقیقت حکم ظاهری در مورد اماره و اصل می‌داند. به نظر ایشان تفاوت اماره و اصل یک تفاوت ثبوتی و جوهری است، نه یک تفاوت اثباتی و به جهت تفاوت روح حکم ظاهری در این دو مورد می‌باشد.

ایشان در مورد حقیقت حکم ظاهری می‌فرمایند حکم ظاهری، حکمی است که از طرف شارع در مقام حفظ اهم ملاکات واقعی الزامی و ترخیصی در زمانی که این ملاکات در نزد مکلف مشتبّه شده است، جعل می‌شود و درواقع شارع با جعل حکم ظاهری، ملاک اهم را بر مهم ترجیح داده و آن را بیان می‌کند؛ اما این ترجیح گاهی به لحاظ قوت احتمال و درجه کاشفیت تکوینی که در حکم ظاهری موجود است، می‌باشد. به صورتی که در جعل حکم ظاهری فقط درجه کشف اهمیت دارد. در این صورت حکم ظاهری، اماره نامیده می‌شود: چه به لسان جعل علمیت باشد و یا جعل حجیت و یا هر لسان دیگری. واضح است که درجه کاشفیت اماره نسبت به مدلول مطابقی و

التزامی به یک اندازه می‌باشد. در نتیجه، به همان دلیلی که مدلول مطابقی امارات حجت هستند، مدلول التزامی آنها نیز حجت هستند (صدر، ۱۴۰۸، ج ۳؛ ۳۹؛ ۱۳۸۴، ج ۳؛ ۲۴؛ ۱۴۱۷، ج ۶؛ ۱۷۸). پس لحاظ قوت احتمال در اماره، مستلزم حجیت مثبتات آن است، بدون اینکه نیازی به اثبات اطلاق دلیل حجیت نسبت به دلالت التزامی، وجود داشته باشد (صدر، ۱۴۰۸، ج ۳؛ ۳۰). در واقع، حجیت مثبتات امارات ارتباطی به مقام اثبات ندارد و لذا بر فرض قول به حجیت شهرت فتوائیه، مثبتات آن نیز حجت خواهد بود، حتی اگر بر آن شهرت فتوائیه اطلاق نشود و یا حجیت آن با سیره عقلایی ثابت نشود (صدر، ۱۴۱۷، ج ۶؛ ۱۸۱).

اما باید توجه داشت که صرف کاشفیت از واقع و لحاظ قوت احتمال در امارات برای اثبات حجیت مثبتات اماره کافی نمی‌باشد، بلکه توجه به دلیل حجیت اماره نیز بسیار مهم است (عراقی، ۱۴۱۴، ج ۲؛ ۴۱۰؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۶، ج ۳؛ ۱۹۷) و چنانچه در بیان نظریه امام خمینی به طور مفصل بیان خواهد شد، چون اکثر امارات طرق عقلایی امضایی هستند در مورد حجیت مثبتات آنها باید به بنای عقلا در عمل به مثبتات امارات توجه کرد.

۲-۱. حجیت مثبتات امارات به جهت اطلاق ادله اعتبار آنها

گروهی از اصولیان، حجیت مثبتات امارات را مربوط به مقام اثبات دانسته و ذات اماره را مستلزم حجیت مثبتات آن نمی‌دانند و در واقع معتقدند که صرف تفاوت ماهوی بین امارات و اصول عملیه، برای اثبات حجیت و یا عدم حجیت لوازم آنها کافی نیست، بلکه بایستی به ادله حجیت امارات مراجعه کرده و وجود اطلاق و عموم و یا عدم آن را در مورد حجیت مثبتات امارات بررسی کرد. به نظر این دسته، از آنجاکه دلیل حجیت اماره مطلق است، می‌توان گفت که لوازم امارات مطلقاً حجت هستند. در ذیل به طرح و بررسی این نظریه پرداخته می‌شود.

۱-۲-۱. نظریه آخوند خراسانی

مرحوم آخوند خراسانی^(ره) دلیل حجیت مثبتات امارات را اینگونه بیان می‌کنند: به دلیل آنکه امارات همان‌طور که حاکی از مؤدای خود هستند، حاکی از اطراف مؤدای خود (لوازم، ملزومات و ملازمات) نیز می‌باشند؛ در نتیجه مقتضای اطلاق دلیل اعتبار اماره این است که حکایت اماره را تصدیق کرده و مثبتات آن را نیز حجت بدانیم (خراسانی، ۱۴۳۱، ج ۳؛ ۲۴۳).

توضیح آنکه به نظر ایشان حجج شرعی، چه طرقی به سوی احکام شرعی باشند (مانند خبر واحد) یا اماراتی بر موضوعات باشند (مثل قیام بینه بر موضوع خارجی، همانند شهادت عادل بر طلوع خورشید) همان طور که با دلالت مطابقی از مؤدای خود حکایت می کنند، همان طور نیز با دلالت التزامی از لوازم، ملزومات و ملازمات خود، حکایت می کنند. به عبارت دیگر، اگرچه جهت حکایت در اماره به حسب ظاهر یکی است، اما درواقع به حکایات متعدد منحل می شود و چون دلیل اعتبار آنها مطلق است و قدر متیقنی هم در مقام مخاطب وجود ندارد، در نتیجه اماره در مورد هر آنچه کاشف از آن است که شامل مثبتات نیز می شود حجت است، چه مخبر اعتقاد به تلازم داشته باشد و چه نداشته باشد (حجتی بروجردی، ۱۳۸۷: ۲۵۷؛ فیروزآبادی، ۱۴۰۰، ج ۵: ۱۷۳؛ جزایری مروج، ۱۴۱۵، ج ۷: ۵۴۲).

چنانچه ملاحظه می شود، ایشان حاکی بودن اماره از واقع را برای حجیت مثبتات کافی ندانسته و این ویژگی را به همراه اطلاق ادله اعتبار اماره، دلیل بر حجیت مثبتات می دانند. برای مثال، اگر بینه، بر ولادت زنی در یک تاریخ مشخص، قائم شود و از آن زمان تا تاریخ شهادت بینه ۵۰ سال گذشته باشد، لازمه این خبر که همان یائسه شدن زن (در صورتی که سیده نباشد) است، ثابت می شود؛ اگرچه بینه به این لازم التفاتی نداشته باشد و اثر شرعی نیز بر این لازم مترتب می شود و در نتیجه اگر مطلقه شود، لازم نیست عده نگه دارد و می تواند بلافاصله بعد از طلاق ازدواج کند. بر این نظریه نیز اشکالاتی وارد شده که در ادامه ذکر می شود:

۱- این دلیل در مورد اماراتی مانند قاعده ید صدق نمی کند، چراکه در مورد قاعده ید حکایت و خبر وجود ندارد. پس این نظر از جامعیت برخوردار نمی باشد (مکارم شیرازی، ۱۴۱۶ق، ج ۳: ۳۸۲).
 ۲- اطلاق ادله اعتبار امارات، قوی تر از اطلاق ادله اصول عملیه نمی باشد؛ چراکه اگر نتوان گفت که اطلاق ادله اصول عملیه، قوی تر از اطلاق ادله امارات است، اما می توان ادعا کرد که اطلاق ادله اعتبار امارات، قوی تر از اطلاق ادله اصول عملیه نمی باشد. مثلاً شکی نیست که اطلاق خبر وارد شده در مورد استصحاب که عبارت است از «لاتنقض الیقین بالشک»، از اطلاق ادله بعضی از امارات، همانند قاعده ید که منشأ آن غلبه است، اقوی است (غروی نائینی، ۱۴۰۹، ج ۴: ۴۹۲).

۳- حجیت مثبتات امارات نمی تواند از باب حکایت اماره از آنها باشد، چراکه حکایت از شیء، متفرع بر التفات به آن می باشد، در نتیجه گاهی اماره ای مانند بینه اصلاً ملتفت به لوازم و

ملزومات خبر خود نمی‌باشد، چه رسد که از آنها خبر دهد. پس این وجه حجیت درنهایت ضعف است (غروی نائینی، ۱۴۰۹، ج ۴: ۴۹۲).

۴- ظاهراً مرحوم آخوند معتقد است که حجیت دلالت التزامی (مثبتات)، در طول حجیت دلالت مطابقی و به تبع آن است، اما ترتیب اثر لازم بر مؤدای اماره، به جهت ثبوت حجیت برای دلالت التزامی در عرض حجیت دلالت مطابقی است، نه اینکه در طول آن و به تبع حجیت دلالت مطابقی باشد. لذا اگر در مواردی مدلول مطابقی به دلیلی از حجیت ساقط شود، حجت نبودن مدلول مطابقی منجر به سقوط مدلول التزامی از حجیت نخواهد شد، چون این دو در طول هم نیستند (طباطبایی حکیم، ۱۴۰۸، ج ۲: ۴۸۴-۴۸۷). در نتیجه، چون در مورد امارات امر اینگونه است که حجیت دلالت التزامی در عرض حجیت دلالت مطابقی است نه در طول آن، هیچ اشکالی به وجود نمی‌آید (مشکینی، ج ۴، ۱۴۱۳: ۵۵۶؛ فشارکی، بی‌تا، ج ۲: ۱۹۱-۱۹۰).

۵- اگر دلیل حجیت امارات ادله لفظی نقلی باشد، دیگر وجهی برای تمسک به اطلاق ادله و شمول آن نسبت به لوازم باقی نمی‌ماند؛ چراکه دلیل تبعی فقط در محدوده تبع قابل تمسک است. لذا در محدوده تبع، فقط قدر متیقن از آثار که همان آثار شرعی بی‌واسطه باشد، ثابت می‌شود (موسوی خمینی، ۱۳۸۵، ج ۱: ۱۷۸).

۶- معنای حجیت تبعی، کاشفیت تبعی است نه کاشفیت تکوینی. در کاشفیت تکوینی، یقین به شیء مستلزم یقین به لوازم، ملزومات و ملازمات است، اما کاشفیت تبعی محدود به مدلول دلیل تبعی است؛ چراکه تبعی به وجود محکی و تنزیل آن به منزله واقع، وجود واقعی محکی را ثابت نمی‌کند، تا اینکه آثار واقع بر آن مترتب شود. این مطلب که وجود تبعی همانند وجود واقعی است (حسینی شیرازی، بی‌تا، ج ۵: ۱۴۲)، درنهایت ضعف می‌باشد (اصفهانی، ۱۴۱۹، ج ۲: ۷۶۲؛ موحدی لنگرانی، ۱۳۸۰، ج ۱۵: ۱۴۴-۱۵۱).

۲-۱-۲. نظریه امام خمینی

از دیدگاه امام خمینی^(ره)، نکته اساسی در اعتبار مثبتات امارات و عدم اعتبار آنها عقلایی بودن و یا تبعی بودن دلیل اعتبار اماره می‌باشد. به نظر ایشان اگر دلیل اعتبار اماره، بنای عقلا باشد، مثبتات آن حجت خواهد بود؛ اما اگر دلیل اعتبار اماره، دلیل نقلی و تبعی باشد مثبتات آن حجت نخواهد بود، چه آن را اماره بنامیم و چه اصل عملی (موسوی خمینی، ۱۳۸۵، ج ۱: ۱۷۸).

ایشان مستند اعتبار امارات را بنای عقلا می‌دانند و قائل به حجیت مثبتات آنها می‌باشند. به نظر ایشان همه امارات، امارات عقلایی هستند که شارع آنها را امضا نموده است و هیچ‌گونه جعلی، اعم از جعل علمیت، حجیت و حکم مماثل و غیره، در مورد آن صورت نگرفته است؛ چراکه جعل شرعی تأسیسی برای امارات محال و لغو می‌باشد، چراکه شارع در صورتی می‌تواند شیءای را اماره و طریق به‌واقع قرار دهد، و به عبارت دیگر، جعل تأسیسی در مورد اماریت شیءای داشته باشد که آن شیء سه شرط داشته باشد: اول آنکه آن شیء باید در ذات خود جنبه کاشفیت و طریقت داشته باشد و چیزی که جنبه کاشفیت ندارد، صلاحیت اماره شدن را نیز ندارد. دوم آنکه، آن شیء نباید اماره عقلی یا عقلایی باشد، چراکه جعل اماریت برای چیزی که خود واجد اماریت است، معقول نیست؛ چون از قبیل تحصیل حاصل و ایجاد موجود است که هر دو محال است. سوم آنکه، آنچه در جعل اماریت برای آن شیء، مورد لحاظ شارع است، باید جهت کاشفیت و طریقت آن باشد.

بنابراین، با توجه به این شرایط، می‌توان گفت اماراتی که بر زبان محققان جاری است، شرط دوم را ندارد، چون همه آنها از امارات عقلایی هستند که تمامی عقلا در معاملات و شئون زندگی خود بر اساس آنها عمل می‌کنند و در نتیجه جعل حجیت و کاشفیت برای امارات، بعد از عمل عقلا به آنها از جهت کاشفیتشان، معقول نیست.

درواقع، عقلا به اماراتی مانند ظواهر، قول لغوی، خبر ثقة، قاعده ید، اصالة الصحة، عمل می‌کنند، بدون اینکه انتظار جعل و تنفیذ از جانب شارع داشته باشند. پس دلیل حجیت امارات چیزی جز بنای عقلا نیست و شارع نیز از آن جهت که از عقلا است به آن عمل می‌کند و اگر در مورد حجیت بعضی از امارات، مانند خبر ثقة و قاعده ید روایتی وارد شده است از جهت امضای بنای عقلاست و این روایات در عمل به امارات به اعتبار آنکه امارات عقلایی هستند، ظهور تام دارند و در ادله اعتبار امارات هیچ ظهوری مبنی بر جعل حجیت و طریقت و تنزیل ظن به منزله قطع نمی‌باشد (موسوی خمینی، ۱۳۷۲، ج ۱: ۱۰۶-۱۰۵).

ایشان با بیان دو مقدمه حجیت مثبتات امارات را اثبات می‌کنند. این دو مقدمه عبارت است از: مقدمه اول: همه امارات شرعی، امارات عقلایی هستند که شارع آنها را امضا نموده است و در بین آنها اماره‌ای که حجیت و اعتبار آن به تأسیس شارع باشد، وجود ندارد. به عبارت دیگر، امارات امضایی هستند نه تأسیسی (موسوی خمینی، ۱۳۷۸: ۴۹۳).

مقدمه دوّم: بنای عقلا بر عمل به امارات از آن جهت است که آنها واقع را اثبات می‌نمایند، نه اینکه از جهت تعبد به عمل به آنها باشد. در نتیجه، وقتی واقع به وسیله قیام اماره ثابت شود، به همان ملاکی که واقع ثابت می‌شود، لوازم، ملزومات و ملازمات آن نیز ثابت می‌شود؛ پس همان‌طور که علم به شیء مستلزم علم به مطلق لوازم، ملزومات و ملازمات آن شیء است، همان‌طور نیز وثوق به واقع، مستلزم وثوق مطلق به لوازم، ملزومات و ملازمات آن است و احتجاج موالی عرفی و بندگان نسبت به یکدیگر نیز بر همین اساس است و آنها همان‌طور که در صورت قیام اماره بر شیء ای، بر اساس آن شیء احتجاج می‌کنند، همان‌طور نیز بر لوازم، ملزومات و ملازمات با واسطه یا بی‌واسطه شیء، احتجاج می‌کنند (موسوی خمینی، ۱۳۸۵، ج ۴: ۱۸۱-۱۸۰؛ ۱۳۸۵، ج ۱: ۱۷۸-۱۷۹؛ ۱۴۱۷: ۱۵۱-۱۵۰؛ مؤمنی، ۱۳۸۵: ۴۰۷-۴۰۸؛ سبحانی، ۱۴۳۰، ج ۴: ۱۹۹).

اما در کلیت نظریه امام خمینی^(ره) مناقشاتی وجود دارد که در ذیل به آن اشاره می‌شود:

۱- صغرای نظر ایشان مبنی بر امضایی بودن همه امارات با اشکال مواجه است. چرا که اگرچه حجیت اکثر آنها امضایی است، اما حجیت بعضی از آنها تأسیسی است (موحدی لنگرانی، ۱۳۸۱، ج ۴: ۱۲۵). برای مثال آیت‌الله مکارم شیرازی می‌فرمایند: در اینکه حجیت بعضی از امارات تأسیسی باشد هیچ اشکالی نیست. به عنوان مثال قاعده قرعه در مواردی که واقعی در بین باشد و برای برطرف کردن نزاع به کار نرود، یک اماره تأسیسی است. چرا که سیاق ادله حجیت قرعه دال بر آن است که قرعه دائماً یا غالباً در صورت وجود شرایط، کاشف از واقع است. برای مثال، در حدیث نبوی آمده است: «لیس من قوم تقارعوا ثم قوّضوا امرهم إلى الله إلا خرج السهم الأصب» و همچنین در روایت دیگری آمده است: «اللهم انت الله لا إله إلا انت عالم الغیب و الشهاده انت تحكم بین عبادك فی ما كانوا فیہ یختلفون فبین لنا امر هذا المولود»، هم‌چنین روایاتی که در قضیه حضرت یونس^(ع) و حضرت عبدالمطلب وارد شده است، دال بر آن است که قرعه برای انکشاف واقع به کار می‌رود. البته کاشفیت آن منحصر در موارد مشکل است. به عبارت دیگر، قرعه درجایی کاشف از واقع است که اماره و اصلی مشکل را حل نکند.

هم‌چنین در مورد قاعده سوق مسلمین هیچ اثری نزد عقلا یافت نمی‌شود، بلکه این قاعده، اماره‌ای است که شارع مقدس آن را تأسیس نموده و آن را کاشف از طهارت آنچه مکلفین از بازار مسلمین می‌خرند، قرار داده است (مکارم شیرازی، ۱۴۱۶، ج ۳: ۳۸۳).

۲- هر چند امام خمینی ملاک حجیت مثبتات امارات را مستند بودن حجیت اماره به بنای عقلا

قرار داده است، اما خود ایشان اعتبار مثبتات برخی از امارات را باوجوداینکه مستند اعتبار آن را سیره عقلا می‌دانند، نپذیرفته‌اند.

ایشان در مورد اصل صحت می‌فرمایند: باوجوداینکه دلیل اصلی برای اعتبار اصل صحت، سیره عقلاست، اما مثبتات آن حجت نیست، زیرا سیره عقلا نسبت به عمل به آثار باواسطه آن ثابت نشده است و در نتیجه به جهت سیره فقط می‌توان آثار صحت خود فعل را اثبات نمود (موسوی خمینی، ۱۳۸۵، ج ۱: ۳۳۴).

پس با این کلام امام خمینی کلیت استناد به سیره عقلا برای اثبات حجیت مثبتات امارات، نقض می‌شود و باید چنین گفت که در هر اماره‌ای که عقلا به مثبتات آن عمل می‌کنند، مثبتات آن هم حجت است، اما اگر سیره عقلا نسبت به عمل به مثبتات آن ثابت نشده باشد، مثبتات آن اماره حجت نخواهد بود. چنانچه آخوند خراسانی نیز چنین امری را می‌پذیرد و می‌نویسد: «هرچند مثبتات اصول لفظیه که از امارات هستند، حجت است، اما درعین حال بایستی به سیره عقلا نیز توجه کرد، چون ممکن است عقلا برخی از مثبتات اصول لفظیه را حجت ندانند» (خراسانی، ۱۴۳۱، ج ۲: ۱۶۳).

باید توجه داشت که هرچند در کلیت نظریه امام خمینی مناقشاتی وجود دارد، اما دارای وجوه قوت متعددی است که نظریه ایشان را نسبت به نظریه دیگر اصولیان ممتاز می‌کند؛ چراکه ایشان به سیره عقلا در این مورد توجه نموده است.

اصولیان دیگر نیز باآنکه دلیل‌های متفاوت دیگری بیان نموده‌اند؛ اما اکثر آنها اعتراف کرده‌اند که آنچه به‌عنوان اماره پذیرفته شده است، راه‌ها و طرق عقلایی است که شارع از عمل به آنها منع ننموده است (غروی نائینی، ۱۴۰۹، ج ۴: ۴۸۵؛ موسوی بجنوردی، بی‌تا، ج ۲: ۴۸۰؛ خوئی غروی، ۱۴۲۶، ج ۱: ۲۳۹؛ طباطبایی بروجردی، ۱۴۱۵: ۴۵۸).

با توجه به این مطالب می‌توان گفت نظریه امام خمینی از نظریه دیگر اصولیان قوی‌تر است، چراکه ایشان به دلیل اعتبار آنها توجه نموده است. گرچه نظریه ایشان نیازمند اصلاح و تکمیل است و شاید بهتر باشد چنین گفته شود که لوازم و مثبتات امارات در صورتی حجت است که مورد پذیرش عقلا باشد و به امضای شارع نیز رسیده باشد.

۳-۱. نظریه تفصیل در حجیت مثبتات امارات

گروهی از اصولیان مثبتات امارات را به طور مطلق حجت نمی دانند، بلکه در این مورد قائل به تفصیل هستند. در ذیل به طرح این نظریات پرداخته می شود.

۳-۱-۱. نظریه محقق خوئی

محقق خوئی حجیت مثبتات امارات را مربوط به مقام اثبات دانسته و معتقد است حجیت مثبتات امارات تابع دلیل حجیت اماره است.

ایشان در این باره می فرماید در صورتی مثبتات امارات حجت است که دلیل حجیت اماره بر این مطلب دلالت کند. بنابراین در بین امارات فقط مثبتات اماراتی حجت هستند که از سنخ خبر باشند و عنوان حکایت بر آنها صدق کند، چراکه سیره قطعی عقلایی بر عمل به مثبتات خبر و ترتیب آثار لوازم مؤدا وجود دارد، چه مخبر ملتفت به ملازمه باشد و چه از آن غافل باشد. پس در مورد اقرار، بیّنه و خبر عادل، تمامی آثار بی واسطه و با واسطه مترتب می شود. مثلاً اگر کسی اقرار به نشان دادن سم به شخص دیگری کند، آثار لازمه نشان دادن سم که همان قتل است مترتب می شود، اگرچه نشاننده سم منکر ملازمه و یا منکر قتل باشد؛ اما در غیر باب اخبار دلیلی بر حجیت مثبتات وجود ندارد. مثلاً اگرچه ظن به جهت قبله هنگام تعذر تحصیل علم، با توجه به روایات خاصی که در این باب وارد شده، از امارات معتبر شمرده شده است، اما اگر مکلف به جهت قبله ظن پیدا کند و لازمه ظن به قبله، دخول وقت باشد، در این صورت شکی نیست که این لازم ثابت نشده و در نتیجه نماز خواندن جایز نخواهد بود (خوئی غروی، ۱۴۲۹، ج ۲: ۶۱۸؛ ب ۱۴۱۷، ج ۳: ۱۵۵).

بنابراین نظریه، مثبتات اماراتی حجت خواهد بود که بر آنها، عنوان حکایت صدق کند، اما در صورتی که اماره ای از نوع حکایت نباشد با مشکل مواجه خواهد شد و از این لحاظ بیان جامعی نمی باشد (مکارم شیرازی، ۱۴۱۶، ج ۳: ۳۸۲).

۳-۲. نظریه آیت الله مکارم شیرازی

به نظر ایشان باید بین انواع لوازم تفصیل داد و چنین گفت که لوازم ذاتی، اماره حجت هستند، اما لوازم اتفاقی، اماره حجت نمی باشند، بدون اینکه نوع دلیل حجیت اماره اهمیتی داشته باشد. به عبارت دیگر، چه دلیل حجیت امارات بنای عقلا باشد و چه دلیل شرعی تأسیسی، لوازم ذاتی آن

حجت خواهد بود، اما لوازم اتفاقی آن حجت نخواهد بود. برای مثال اگر به وسیله قرعه ثابت شود که مولودی برای شخصی است لوازم ذاتیه آن عبارت است از اینکه خاله بودن خواهر ایشان و دایی بودن برادر ایشان ثابت می شود، درحالی که قرعه از اخباریات نیست، اما لوازم عرضی اتفاقی امارات حجت نیستند. مثلاً اگر توسط بینه یا به مقتضای قاعده ید ثابت شود که خانه ای برای شخصی است و از خارج بدانیم که خانه آن شخص روبه قبله است، نمی توان به وسیله بینه و قاعده ید ثابت کرد که آن خانه روبه قبله است، باینکه خبر واحد از جمله امارات موجود بین عقلا است و هم چنین از سنخ اخباریات است.

هم چنین اگر اماره ای بر دخول وقت نماز قائم شود؛ مثلاً اگر شخص ثقه ای در وقت نماز اذان بگوید و از خارج بدانیم که بین جهت قبله و وقوع خورشید در مکان خاص هنگام دخول وقت، ملازمه اتفاقیه وجود دارد، در این صورت امکان اثبات جهت قبله به دلیل اثبات دخول وقت توسط اماره وجود ندارد و این مطلب در مورد عکس نیز صادق است؛ یعنی اگر اماره ای همانند قبور مؤمنین بر ثبوت قبله در جهت خاصی قائم شود، نمی توان به دلیل ملازمه اتفاقیه بین وجود خورشید در مکان خاص و دخول وقت، حکم به دخول وقت و جواز نماز داد (مکارم شیرازی، ۱۴۱۶، ج ۳: ۳۸۶).

به نظر می رسد که این نظر نیز اشکال دارد؛ چراکه همان طور که در بیان نظریات قبل گفته شد در صورتی که دلیل حجیت امارات ادله نقلی و تعبدی باشد، فقط باید به محدوده تعبد عمل کرد و در نتیجه نمی توان حجیت مثبتات آنها را ثابت نمود، چراکه جعل تعبدی کاشفیت و طریقت برای امارات، تنها مقتضی ترتیب اثر بر مؤدای امارات می باشد؛ چون مقتضی کشف هر موضوعی، ترتیب اثر همان موضوع می باشد و ترتیب اثر موضوع دیگری که لازمه آن موضوع و یا ملزوم آن و یا ملازم آن باشد، تنها در صورتی ممکن است که خود آنها برای ما مکشوف شوند و کشف تعبدی شیء، مستلزم کشف از لوازم، ملزومات و ملازمات آن نیست. در نتیجه دلیل تعبد شامل مثبتات امارات نمی شود (موسوی خمینی، ۱۳۸۵، ج ۱: ۱۸۱).

به علاوه، حقیقت ملازمه که همان رابطه عقلی علت و معلولی بین لازم و ملزوم است در تمام انواع ملازمه، محفوظ است و تقسیم انواع ملازمه به اعتبار انواع ملزوم است نه به اعتبار حقیقت ملازمه و در نتیجه بین لوازم ذاتی و لوازم اتفاقی نباید فرقی باشد (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۸، ج ۵: ۱۱۹) و شاید به همین جهت باشد که شهید صدر لوازم عادی را نیز در زمره لوازم عقلی ذکر می کند

۲. کاربرد حجیت مثبتات امارات در فقه و حقوق

در این قسمت به بررسی حجیت مثبتات، پنج نمونه از امارات فقهی حقوقی پرداخته می‌شود تا در ضمن مثال‌های متعدد، کاربرد این بحث مشخص شود.

۲-۱. اماره اقرار

به نظر اکثر فقها و حقوق‌دانان، قاعده اقرار (اقرار العقلاء علی انفسهم نافذ) یک اماره است. قانون مدنی اقرار را به‌عنوان یکی از ادله اثبات دعوا محسوب نموده و در ماده ۱۲۵۹ خود در تعریف آن می‌گوید: «اقرار عبارت از اخبار به حقی است برای غیر، بر ضرر خود». این قاعده از جمله قواعد مسلمی است که فقها بر حجیت آن اجماع دارند و برای اثبات حجیت آن به دلایل کتاب، سنت، اجماع و سیره عقلا تمسک شده است (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱، ج ۲: ۴۰۳).

اگرچه اکثریت فقها و حقوق‌دانان، قائل به اماریت قاعده اقرار شده‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۵، ج ۱: ۶۰۶) اما باین وجود، به نظر می‌رسد به‌طور مطلق مثبتات آن را حجت ندانسته و فقط لوازمی را حجت دانسته‌اند که به زیان مقرر باشد نه به نفع او. برای مثال اگر مردی اقرار به زوجیت زنی کند، در این صورت باید نفقه او را پردازد، اما اگر آن زن بمیرد از او ارث نمی‌برد. فقها برای اثبات عدم حجیت لوازم اماره اقرار در صورتی که به نفع مقرر باشد، چنین استدلال کرده‌اند که اگرچه عمده دلیل حجیت اماره اقرار، بنای عقلاست، اما احادیثی که برای بیان امضای این سیره وارد شده، فقط لوازمی را حجت دانسته است که به ضرر مقرر باشد (مرعشی شوشتری، ۱۴۲۷، ج ۱: ۹۶-۹۷). بنابراین، اگرچه اقرار از امارات ظنی قوی نزد عقلا و شارع است، اما چون دلیل امضای بنای عقلا موضوعاً و حکماً مقید به مواردی است که به ضرر مقرر باشد؛ در نتیجه نمی‌توان محدوده حکم نفوذ اقرار را به مواردی که به نفع مقرر است، توسعه داد، مانعی ندارد که بین مدلول مطابقی و مدلول التزامی حکم تفکیک قائل شد، چرا که ثبوت مدلول مطابقی اقرار، یک ثبوت تبعیدی است و نه یک ثبوت تکوینی. واضح است که تفکیک بین لوازم و ملزومات در تبعیدات اشکالی ندارد، همان‌طور که در قاعده فراغ (بنا بر اماریت آن) نیز چنین است. مثلاً اگر شخصی در اثنتای نماز عصر شک کند که آیا نماز ظهرش را خوانده است یا خیر، در این صورت مقتضای قاعده فراغ آن است

که بنا را بر خواندن نماز ظهر گذارد به جهت آنکه در صحت نماز عصر شرط است که بعد از نماز ظهر خوانده شود، اما حکم به خواندن نماز ظهر مستلزم عدم اعاده نماز ظهر در صورت وجود وقت نیست، چراکه از دلیل قاعده فراغ دانسته می‌شود که این قاعده فقط در محدوده مدلول مطابقی آن حجت است نه مدلول التزامی آن (موحدی لنگرانی، ۱۴۱۶: ۷۳-۶۹؛ موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۳: ۵۱-۵۴).

اما دکتر کاتوزیان در مقام نقد این نظر می‌گوید قول به عدم حجیت لوازمی که به نفع مقرر است، با اماریت قاعده منافات دارد، چراکه اماره به امری گفته می‌شود که در نظر شارع کاشف از واقع باشد و در نتیجه کاشف از شیء، کاشف از لوازم آن نیز است. در نتیجه باید به لوازم اقرار نیز پایبند بود و به همین جهت است که طبق ماده ۱۲۷۲ ق.م قانون گذار به مقرّله اجازه داده است تا در صورتی که لوازم و آثار اقرار را به زیان خویش می‌بیند، اقرار را تکذیب کند، زیرا اگر اعتبار اقرار محدود به مواردی بود که به زیان مقرر است، در این صورت لازم نبود مقرّله برای زیر بار نرفتن آثاری که به نفع مقرر و به ضرر اوست اقرار را تکذیب نماید، چون در آن صورت اصلاً آثار ضرری متوجه مقرّله نمی‌شد تا برای دفع کردن آن نیاز به تکذیب داشته باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ج ۱: ۲۵۸).

اما این اشکال وارد نیست، چراکه قانون گذار شرط ضرری بودن اقرار نسبت به مقرر را پذیرفته است و در این ماده می‌گوید اگر مقرّله که در اثر اقرار نفعی به او می‌رسد، اقرار را تکذیب کند، اقرار مزبور در حق وی اثری نخواهد داشت. به عبارت دیگر، در عین حال که تکذیب مقرّله دارای ارزش است، اما موجب بطلان اقرار نمی‌شود. امام خمینی در توضیح این مطلب می‌فرماید در صورت تکذیب مقرّله، اگر مقرّبه دین یا حق باشد، دیگر نمی‌توان آن را از وی (مقرر) مطالبه کرد و از نظر ظاهر ذمه‌ی او بری می‌گردد و اگر مقرّبه عین باشد، در این صورت، مال مجهول‌المالک خواهد بود که در دست اقرار کننده یا حاکم باقی می‌ماند تا مالک آن معلوم گردد. البته این حکم بر حسب ظاهر است؛ ولی از نظر واقع، چنانچه اقرار کننده مدیون است، باید بین خود و خدا ذمه خویش را از آن فارغ سازد و اگر عین از آن دیگری است، آن را به مالکش برساند (موسوی خمینی، بی‌تا، ج ۲: ۵۳).

در واقع، همان‌طور که در هبه، اگر متهب هبه را نپذیرد، نمی‌توان او را مجبور به قبول هبه کرد، در مورد اقرار نیز اگر مقرّله اقراری را که به نفع اوست نپذیرد، نمی‌تواند از مقرّبه منتفع شود. پس

اجازه تکذیب به مقرّله، به معنای حجیت لوازمی که به نفع مقرّ و به ضرر مقرّله است، نمی‌باشد (مدنی، ۱۳۸۴: ۸۰). باید توجه داشت آنچه در مورد عدم حجیت لوازم اقرار گفته شد با این گفته که «اقرار به شیء، اقرار به لوازم آن نیز است»، منافاتی ندارد (حسینی مراغی، ۱۴۱۷، ج ۲: ۶۴۳). توضیح آنکه لوازم اقرار دو گونه است: ۱- لوازم اقرار در وجود؛ ۲- لوازم اقرار در حکم. این گفته مختص لوازم اقرار در وجود است. منظور از لوازم اقرار در وجود، لوازمی است که اقرار با آنها متحقق می‌شود. برای مثال، اگر شخصی در جواب کسی که می‌گوید از تو طلبکارم، بگوید طلب تو را دادم، در این صورت لازمه وجودی اقرار به ردّ مال، اقرار به اخذ مال و اشتغال ذمه می‌باشد، چراکه ردّ مال بدون اخذ مال محقق نمی‌شود (موسوی خمینی، بی‌تا، ج ۲: ۵۰). درواقع، منظور از جمله «اقرار به شیء، اقرار به لوازم آن نیز است» همان اقرار ضمنی یا اقرار به دلالت التزامی است (ایروانی، ۱۴۲۶، ج ۲: ۱۷۹).

۲-۲. اماره ید

اکثر اصولیان قائل به اماریت قاعده ید هستند (انصاری دزفولی، ۱۴۲۸، ج ۳: ۳۲۳؛ موسوی خمینی، الف ۱۳۸۵، ج ۱: ۲۶۶؛ غروی نائینی، ۱۴۰۹، ج ۴: ۶۰۳؛ سبحانی تبریزی، ۱۴۱۸، ج ۴: ۲۶۳) و ماده ۱۳۲۲ قانون مدنی نیز به تبعیت از نظر مشهور فقها، قاعده ید را در شمار امارات ذکر نموده است (طاهری، ۱۴۱۸، ج ۱: ۲۰۷). اکثریت فقها برای اثبات اماریت قاعده ید به بنای عقلا استشهد نموده‌اند (محمّدی، ۱۳۸۲: ۱۸۲) و قائلند که قاعده ید نزد عقلا، اماره‌ای بر مالکیت و کاشف از آن می‌باشد (موسوی خمینی، ۱۳۸۵، ج ۱: ۲۵۸).

اگرچه اکثر فقها قائل به اماریت قاعده ید هستند، اما درعین حال مثبتات آن را حجت نمی‌دانند، چراکه نصوص وارده و بنای عقلا در مورد این قاعده، فقط اختصاص به ترتیب آثار ملکیت دارد و در نتیجه آثار عقلی مترتب بر ملکیت، مانند موت مورث سابق یا بیع مالک سابق و غیره، بر آن مترتب نمی‌شود (غروی نائینی، ۱۳۶۸، ج ۲: ۴۵۸؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۱۸، ج ۵: ۳۷۴؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۰۸، ج ۲: ۴۸۷). نکته قابل توجه این است که حتی اصولیانی که بین امارات و اصول عملیه از لحاظ اعتبار مثبتات آنها، تفاوت جوهری قائل هستند و مثبتات امارات را مطلقاً حجت می‌دانند، ظاهراً قائل به عدم حجیت مثبتات این قاعده می‌باشند. برای مثال محقق نائینی در مورد حاکمیت قاعده ید و اثبات مالکیت شخصی که متصرف مالی است که سابقه وقف دارد،

می‌فرماید ید هنگامی اماره بر مالکیت است که مال مورد تصرف، طبعاً قابلیت فعلی برای نقل و انتقال را دارا بوده و مورد حبس و وقف قرار نگرفته باشد و درواقع ید به‌طور اجمال، اماره‌ای است بر اینکه مال به یکی از اسباب ناقل شرعی (بدون آنکه سبب مذکور تعیین و مشخص گردد) به ذوالید انتقال یافته، ولی این اماریت پس از احراز قابلیت نقل و انتقال مال، مثمر ثمر است و در وقف چنین نیست، زیرا عین موقوفه علی‌الاصول قابلیت نقل و انتقال ندارد، بلکه نخست، دست‌کم باید یکی از مجوزات فروش وقف پدیدار گردد و سپس به دیگری انتقال یابد و اماره ید فقط متکفل جهت دوم، یعنی انتقال به ذوالید است و نمی‌تواند جهت اول را تأمین کند. از این‌رو برای اثبات آن باید به وسیله دیگری غیر از اماره ید متمسک شد. مضافاً اینکه جهت اول، به منزله موضوع برای جهت دوم است و با استصحاب عدم حدوث آن (مجوزات فروش وقف) ید از اعتبار ساقط می‌گردد، زیرا استصحاب در اینجا با مدلول مطابقی، موضوع ید را مرتفع می‌سازد و بر آن حاکم می‌شود. بنابراین اماره ید نمی‌تواند مالکیت متصرف را ثابت نماید (غروی نائینی، ۱۳۶۸، ج ۲: ۴۵۸؛ ۱۴۰۹، ج ۴: ۶۰۷-۶۰۸).

عدم حجیت مثبتات اماره ید از فتوای فقها در موردی که شخصی متصرف مالی است و شخص دیگری ادعا می‌کند که آن مال ملک اوست، نیز قابل استنباط است. در این حالت، پس از وقوع نزاع، صاحب ید اقرار می‌کند که ملک سابقاً متعلق به مدعی بوده، ولی به سبب ناقلی به او رسیده است. در این مورد مشهور فقها معتقدند که دعوا منقلب می‌شود. به این ترتیب که ذوالید تا قبل از اقرار به ملکیت سابق آن شخص، منکر و طرف مقابل مدعی بود، ولی پس از اقرار به مالکیت سابق مدعی، از حیث اثبات انتقال به ناقل قانونی، مدعی تلقی شده و باید بینه اقامه کند و نمی‌تواند با وجود اقرار به ید سابق مدعی، به استناد ید فعلی از اقامه بینه معاف گردد (موسوی خمینی، بی‌تا، ج ۲: ۴۳۲؛ الف ۱۳۸۵، ج ۱: ۲۷۹). قانون مدنی ایران نیز به پیروی از نظر مشهور فقها، در ماده ۳۷ می‌گوید: «اگر متصرف فعلی، اقرار کند که ملک سابقاً مال مدعی او بوده است در این صورت مشارالیه نمی‌تواند برای رد ادعای مالکیت شخص مزبور به تصرف خود استناد کند، مگر اینکه ثابت نماید که ملک به ناقل صحیح به او منتقل شده است». بنابراین چون اماریت ید بر مبنای سیره عقلا معتبر است و با مراجعه به عرف عقلا، این نکته ثابت می‌شود که آنان تصرف را صرفاً مثبت مالکیت می‌دانند، نه مثبت انتقال به وجه صحیح از مالک سابق به مالک لاحق، اگر بخواهیم با وجود اقرار متصرف به مالکیت سابق مدعی، اماره تصرف ذوالید را قاطع و مؤثر بدانیم، درواقع،

با این اماره می‌خواهیم دو امر را ثابت کنیم: ۱- اثبات مالکیت متصرف؛ ۲- اثبات انتقال مال به ناقل صحیح از مالک سابق به ذوالید فعلی. بدیهی است که عقلاً اماره‌ی ۱ را مثبت انتقال مال به ناقل صحیح از مالک سابق به ذوالید فعلی نمی‌دانند. بنابراین در ما نحن فیه، ید فقط می‌تواند مثبت مالکیت باشد و نمی‌تواند ثابت کند که مال به ناقل قانونی و صحیح به ذوالید انتقال یافته است.

۳-۲. اماره‌ی صحت

در مورد ماهیت اصل صحت، بین فقها و حقوق‌دانان اختلاف نظر وجود دارد (فهیمی، ۱۳۸۸: ۸۸). گروهی همانند شیخ انصاری (انصاری دزفولی، ۱۴۲۸، ج ۳: ۳۴۷)، میرزای نائینی (غروی نائینی، ۱۳۶۸، ج ۲: ۴۸۸)، دکتر کاتوزیان (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ج ۲: ۳۵۳) و دکتر لنگرودی (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۵، ج ۱: ۳۶۹) قائل به اصل عملی بودن آن هستند، اما مشهور اصولیان قائل به اماریت آن هستند (میثمی عراقی، بی‌تا: ۵۰۸). همان‌طور که بعضی از حقوق‌دانان، همانند دکتر شهیدی (شهیدی، ۱۳۸۱، ج ۲: ۲۲۸) و دکتر محقق داماد (محقق داماد، ۱۳۷۴، ج ۱: ۲۰۷) نیز طرفدار این نظریه هستند، اما اکثر کسانی که آن را یک اماره می‌دانند، مثبتات آن را حجت نمی‌دانند و دیدگاه معروف و مشهور، عدم اعتبار مثبتات اصل صحت می‌باشد، حتی اگر اصل صحت اماره باشد، چراکه دلیل اصلی اعتبار اصل صحت، سیره‌ی عقلاست و مفاد این سیره، فقط ترتیب آثار خود صحت است، نه ترتیب آثار لوازم عقلی و عادی آن و دلیل لفظی‌ای که بخواهد با اطلاق خودش، اعتبار مثبتات اصل صحت را اثبات کند، وجود ندارد (حائری مازندرانی، بی‌تا: ۸۷؛ خوئی، الف ۱۴۱۷، ج ۴: ۲۸۲، غروی نائینی، ۱۴۰۹، ج ۴: ۶۶۶؛ موسوی خمینی، ۱۳۸۵، ج ۱: ۳۳۴؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۰۸، ج ۲: ۴۸۷؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۱، ج ۱: ۱۴۴؛ سبحانی تبریزی، ۱۴۳۰، ج ۴: ۵۱۹-۵۲۰).

به نظر می‌رسد که شیخ انصاری اولین شخصی است که اعتبار مثبتات اصل صحت را تحت عنوان مستقلاً بررسی کرده است. ایشان خود به‌صراحت اعتبار لوازم اصل صحت را نفی می‌کند و می‌فرماید به‌واسطه‌ی اصل صحت، فقط آثار شرعی مترتب بر عمل صحیح ثابت می‌شود، اما اموری که از حقیقت عمل صحیح خارج است (آثار عقلی و عادی) بر عمل صحیح مترتب نمی‌شود. برای مثال، اگر شک شود ثمن خریدی که از غیر صادر شده است، آیا از مواردی که قابلیت تملک ندارند، مانند شراب و خوک بوده است یا از اعیان اموالش که قابلیت تملک دارند، در این صورت حکم به صحت خرید وی می‌شود، اما حکم به خروج آن عین و کالا از ترکه‌ی وی (در صورت

موت او) نمی‌شود و در نتیجه چیزی از ترکه وی به فروشنده منتقل نمی‌شود، زیرا اصل عدم آن است (انصاری دزفولی، ۱۴۲۸، ج ۳: ۳۷۱؛ ۱۴۱۱، ج ۳: ۷۰).

به عبارت دیگر، ماهیت ثمن معامله (شراب یا سرکه)، مفاد اصل صحت نمی‌باشد، همان‌طور که از آثار شرعی صحت نیز نمی‌باشد، بلکه از لوازم عقلی اصل صحت می‌باشد، زیرا از نظر عقلی صحت بیع، متوقف بر آن است که شرعاً ثمن قابل تملک باشد (مثلاً سرکه باشد). در نتیجه با اصل صحت ثابت نمی‌شود که ثمن معامله قابل تملک (سرکه) بوده است، چون قابل تملک بودن ثمن معامله، از لوازم عقلی صحت بیع است (حسینی روحانی، ۱۴۱۳، ج ۷: ۱۲۰).

هم‌چنین اگر بین موجر و مستأجر بعد از اتفاق نظر بر حصول تمامی امور معتبر در عقد، در مورد تعیین اجاره‌بها ضمن عقد اختلاف شود و موجر منکر آن شود، در این صورت قول مستأجر مبنی بر اصل وقوع عقد اجاره با اجرای اصل صحت ثابت می‌شود، اما مقدار اجاره‌بهای ادعا شده توسط مستأجر با این اصل ثابت نمی‌شود؛ چون اثبات آن از لوازم عقلی صحت عقد اجاره است (انصاری دزفولی، ۱۴۲۸، ج ۳: ۳۵۷)؛ به عبارت دیگر، مقدار اجاره‌بها از لوازم صحت عقد اجاره است و اصل صحت نسبت به لوازم آن حجت نیست (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۵، ج ۱: ۳۸۰).

۴-۲. اماره فراش

یکی از قواعدی که برای اثبات نسب فرزند مشکوک استفاده می‌شود، قاعده فراش است. به موجب این قاعده چنانچه انتساب طفلی به پدر مورد شک و تردید قرار گیرد، با شرايطی نسب آن طفل به پدر اثبات می‌گردد.

مهم‌ترین مدرک قاعده فراش، روایت منقول از رسول اکرم (ص) است که فرمود: «الولد للفراش و للعاهر الحجر» که در متون حدیثی امامیه و اهل سنت آمده است و از روایات صحیح و مسلم الصدور در میان مسلمانان به شمار می‌آید (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۴: ۲۳).

برای اعمال این قاعده، شرایطی در فقه و حقوق مقرر شده است (سبحانی تبریزی، بی‌تا، ج ۲: ۳۱۳). در ماده ۱۱۵۸ قانون مدنی، در این زمینه آمده است: «طفل متولد در زمان زوجیت، ملحق به شوهر است، مشروط بر اینکه از تاریخ نزدیکی تا زمان تولد، کم‌تر از شش ماه و بیش‌تر از ده ماه نگذشته باشد». بنابراین طبق قانون، وجود زوجیت، سپری شدن شش ماه از زمان نزدیکی (اقل حمل)، و عدم سپری شدن بیش‌تر از ده ماه از زمان نزدیکی تا تولد (اکثر مدت حمل) از شرایط

اجرای قاعده فراش به شمار می آیند.

اگرچه برخی قاعده فراش را یک اصل عملی که در مقام بیان حکم ظاهری است می دانند (سیستانی، ۱۴۲۵: ۵۲۹) اما اکثریت فقها و حقوق دانان آن را از اماراتی می دانند که کاشف از حکم واقعی است (طاهری، ۱۴۱۸، ج ۳: ۳۱۲؛ امامی، بی تا، ج ۵: ۱۵۵؛ مصطفوی، ۱۴۲۱: ۱۸۴؛ انصاری شیرازی، ۱۴۲۹، ج ۳: ۳۶؛ موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۴: ۲۷).

باین حال، حتی کسانی که قائل به اماریت این قاعده شده اند، مثبتات آن را حجت ندانسته اند. برای مثال اگر اختلاف بین زن و شوهر راجع به این باشد که آیا بچه از آن شوهر هست یا نیست، اینجا با قاعده فراش حکم می شود که بچه متعلق به شوهر است، ولی اگر اختلاف به این نحو بیان نشود و بلکه ملزوم آن مطرح شده باشد، تا الحاق به عنوان لازمه اثبات شود، دیگر قاعده فراش به کار نمی آید. مثل اختلاف در اصل تحقق دخول، که با قاعده فراش نمی توان اثبات دخول نمود، چون مثبتات این اماره حجت نیست. لذا باید سراغ اصل رفت، اصل هم اقتضا می کند که دخولی نشده باشد (شیرازی زنجانی، ۱۴۱۹، ج ۲۵: ۷۸۴۹).

۵-۲. اماره بینه

بینه در لغت به معنای دلیل، حجت واضح و برهان است و در اصطلاح شرع عبارت است از شهادت شهود عادل (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۳: ۱۰). شهادت شهود در فقه و حقوق به عنوان یکی از امارات و ادله اثبات دعوا پذیرفته شده است (امامی، بی تا، ج ۶: ۱۸۹). اکثریت فقها، بینه را اماره دانسته که علت حجیت آن کاشفیت از واقع است (انصاری شیرازی، ۱۴۲۹، ج ۲: ۵۴۴؛ موحدی لنکرانی، ۱۴۱۶، ج ۱: ۲۶۳؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۱، ج ۲: ۷۲؛ علوی، ۱۴۲۱، ج ۱: ۳۵۸) و در نتیجه قائل به حجیت مثبتات آن شده اند؛ گرچه برخی این امر را قبول نداشته و حجیت آن را صرفاً از باب تعبد پذیرفته اند و در نتیجه آن را یک اصل قلمداد کرده و قائلند که اگر از شهادت افراد فاقد شرایط، ظن قوی تری نسبت به شهادت حاصل شود، اعتباری نخواهد داشت، چراکه اعتبار بینه به حصول ظن نیست، بلکه تعبد محض است و در نتیجه مثبتات آن حجت نیست (قمی، ۱۴۱۷، ج ۵: ۳۰۳). فقها در موارد مختلف از حجیت مثبتات این اماره استفاده نموده اند که در ذیل به چند نمونه از آن اشاره می شود.

۱- اگر مردی ادعا کند که فلان زن، زوجه اوست و از طرف دیگر، خواهر یا مادر یا دختر آن

زن که جمع بین او با آن زنی که مرد ادعای زوجیتش را می‌کند، ممکن نیست، ادعا کند که آن مرد، شوهر وی می‌باشد، اگر یکی از دو مدعی فقط بینه داشته باشد (مثل اینکه تنها مرد در دعوای اول که مدعی زوجیت آن زن است، برای اثبات مدعای خود بینه اقامه نموده باشد) این دعوا اثبات می‌شود، اما در دعوای دوم که زن مدعی است، او بینه‌ای برای اثبات مدعای خود ندارد. حال بحث این است که آیا بر مرد لازم است که طبق قواعد باب دعوا که می‌گوید در صورت عدم اقامه بینه توسط مدعی، منکر می‌بایست قسم بخورد یا اینکه رد قسم به مدعی نماید، او نیز باید برای نفی دعوای دوم قسم بخورد و یا اینکه همین که مرد برای اثبات مدعای خود در دعوای اول، بینه اقامه کند و آنها شهادت بدهند که آن زن زوجه او است، همین مقدار باعث سقوط دعوای دوم می‌شود، زیرا فرض این است که جمع بین آن دو زن در زوجیت نمی‌شود و اگر مرد به واسطه بینه، اثبات زوجیت یکی از زن‌ها را نمود، دعوای دوم ساقط است. بعضی گفته‌اند منکر در دعوای دوم می‌بایست قسم بخورد و اقامه بینه نسبت به دعوای اول موجب سقوط دعوای دوم نمی‌شود، چرا که دو دعوای مستقل وجود دارد و در هر کدام جداگانه قواعد باب قضا و دعوا باید اجرا شود، اما محقق یزدی می‌فرماید بعید نیست که گفته شود نیازی به قسم خوردن منکر نیست، زیرا وقتی فرض این است که بینه، شهادت بر زوجیت زن او در دعوای اول داده‌اند و جمع بین دو زن نیز ممکن نیست و مثبتات بینه نیز به خاطر اینکه جزء امارات می‌باشد حجت است، لذا دعوای دوم ساقط می‌شود (شیرازی، ۱۴۱۹، ج ۱۰: ۳۶۸۵-۳۶۹۰).

۲- اگر دو مرد ادعای ازدواج با زنی را داشته باشند و مرد اول ادعای سابق بودن عقد خود بر دیگری را داشته باشد، و زن آن را انکار کرده و خود را زوجه مرد دوم بداند و مرد دوم، از ادعای خود برگشته و مرد اول را تصدیق کند، در این صورت دعوا بین زن و دو مرد است. در مورد عقد اول، زن منکر محسوب می‌شود، چرا که مرد با ادعای سابق بودن عقد خود بر مرد دوم، مدعی زوجیت آن زن نسبت به خود شده است و در مورد عقد دوم، مرد مدعی فساد عقد خود شده و زن منکر فساد است. در این صورت، اگر بینه‌ای بر فساد عقد اول اقامه شود، در این صورت لازمه فساد عقد اول، صحت عقد دوم است. بنابراین آثار شرعی این لازمه عقلی، بر عقد دوم مترتب خواهد شد، چرا که مثبتات امارات حجت است (موحدی لنگرانی، ۱۴۲۱: ۱۳۰).

۳- اگر مادر و پسری از دنیا بروند و بر سابق بودن موت یکی بر دیگری و یا هم‌زمان بودن موت آن دو دلیلی ارائه نشده باشد و برادر آن زن ادعا کند که ابتدا پسر مرده است و بعد مادر، پس

میراث حاصل از ترکه مادر (که شامل ارث او از فرزند می‌شود) برای من است و شوهر آن زن یک‌دوم ارث می‌برد و شوهر بگوید اول زن مرده و سپس فرزند و تمام مال، مال من است، در این صورت هرکسی که اقامه بینه کند، حکم به نفع او می‌شود. مثلاً در صورتی که بینه بر ادعای برادر زن اقامه شود، لازمه شهادت او (بر تقدم موت پسر بر مادر)، تأخر موت مادر است که از لوازم عقلی جریان بینه است و با اثبات آن، ارث ثابت می‌شود، چون ارث ثابت نمی‌شود مگر در صورت علم به حیات وارث در زمان فوت مورث (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۰: ۵۱۳؛ اسماعیل‌پور قمشه‌ای، بی‌تا، ج ۲: ۴۷۳).

نتیجه‌گیری

به نظر می‌رسد برای اثبات حجیت مثبتات امارات و عدم آن، باید دلیل اعتبار اماره را مورد توجه قرار داد. به این ترتیب که اگر دلیل اعتبار اماره، بنای عقلا باشد، در این صورت چون غالباً، عقلا جمیع آثار شرعی بی‌واسطه و با واسطه را بر مؤدای اماره مترتب می‌کنند، مثبتات آن حجیت است. البته اگر در موردی عقلا به مثبتات اماره‌ای ترتیب اثر ندهند و یا شارع بنای عقلا (مبنی بر عمل به مثبتات) را امضا نکرده باشد، واضح است که مثبتات آن، حجیت نخواهند بود، اما اگر دلیل حجیت اماره تعبدی باشد، در این صورت فقط می‌توان به مفاد اماره عمل نمود و مثبتات آن علی‌القاعده حجیت نخواهد بود. بله، اگر دلیل حجیت اماره، دال بر تعبد به مثبتات آن باشد، در این صورت مثبتات آن حجیت خواهد بود، لکن سخن درجایی است که دلیل تعبد اماره چنین دلالتی نداشته باشد (مرتضوی لنگرودی، ۱۴۱۲: ۲۹۹-۳۰۰).

در نتیجه ملازمه‌ای بین اماریت شیء و حجیت مثبتات آن وجود ندارد، بلکه باید در مورد هر اماره به دلیل حجیت آن مراجعه کرد. در صورتی که دلیل حجیت اماره اطلاق داشته باشد، مثبتات آن حجیت خواهد بود و در غیر این صورت حجیت نخواهند بود (طباطبایی حکیم، ۱۴۰۸، ج ۲: ۴۸۷؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۱، ج ۱: ۲۳۸). برای مثال اگرچه اکثریت فقها و حقوق‌دانان، قائل به اماریت قاعده ید شده‌اند، اما باین وجود، به طور مطلق مثبتات آن را حجیت ندانسته و فقط لوازمی را حجیت دانسته‌اند که به زیان مقرر باشد نه به نفع او. هم‌چنین، اگرچه اکثر فقها قائل به اماریت قاعده ید هستند، اما در عین حال مثبتات آن را حجیت نمی‌دانند، چرا که نصوص وارده و بنای عقلا در مورد این قاعده، فقط اختصاص به ترتیب آثار ملکیت دارد و در نتیجه آثار عقلی مترتب بر ملکیت مانند

موت مؤثر سابق، یا بیع مالک سابق و غیره بر آن مترتب نمی‌شود. در مورد اصل صحت و قاعده فراش که به نظر اکثریت از امارات است نیز چنین حکم می‌شود، اما در مورد اماره بینة اکثریت، مثبتات آن را حجت دانسته‌اند.

منابع

- آشتیانی، محمد حسن بن جعفر. (۱۴۳۰ق.) *بحر الفوائد فی شرح الفرائد*، قم: انتشارات ذوی القربی، چاپ اول.
- اسماعیل پورقمشه‌ای، محمدعلی. (بی‌تا) *البراهین الواضحات - دراسات فی القضاء*، قم: انتشارات محمدعلی اسماعیل‌پور، چاپ اول.
- اصفهانی، سید ابوالحسن. (۱۴۱۹ق.) *وسيلة الوصول إلى حقایق الاصول*، تقریر حسن سیادت‌ی سبزواری، قم: مؤسسه نشر اسلامی، بی‌جا.
- امامی، سید حسن. (بی‌تا) *حقوق مدنی*، تهران: انتشارات اسلامی، بی‌جا.
- انصاری دزفولی، مرتضی. (۱۴۱۱ق.) *المکاسب*، قم: منشورات دارالذخائر، چاپ اول.
- _____. (۱۴۲۸ق.) *فرائد الاصول*، قم: مؤسسه نشر اسلامی، چاپ نهم.
- انصاری شیرازی، قدرت الله و جمعی از پژوهشگران. (۱۴۲۹ق.) *موسوعة احکام الاطفال و ادلتها*، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام، چاپ اول.
- ایروانی، باقر. (۱۴۲۶ق.) *دروس تمهیدیه فی القواعد الفقهیه*، قم: دارالفقه للطباعة و النشر، چاپ سوم.
- جزایری مروج، سید محمدجعفر. (۱۴۱۵ق.) *منتهی الدرایة*، قم: انتشارات دارالکتاب جزایری، چاپ دوم.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۷۵) *دانشنامه حقوقی*، تهران: مؤسسه انتشارات امیرکبیر، چاپ پنجم.
- حائری مازندرانی، محمد صالح. (بی‌تا) *کتاب الاستصحاب*، بی‌جا: بی‌نا، بی‌جا.
- حجتی بروجردی، بهاء‌الدین. (۱۳۸۷) *شرح کفایة الاصول*، بی‌جا: انتشارات مجد، چاپ اول.
- حسینی روحانی، سید محمد. (۱۴۱۳ق.) *منتقى الاصول*، تقریر سید عبدالصاحب حکیم، بی‌جا: چاپخانه امیر، چاپ اول.
- حسینی شیرازی، سید محمد. (بی‌تا) *الوصول الى کفایة الاصول*، قم: کتاب‌فروشی وجدانی،

- بی‌جا.
- حسینی مراغی، میرفتاح. (۱۴۱۷ق.) *العناوین*، قم: مؤسسه نشر اسلامی، چاپ اول.
 - خراسانی، محمدکاظم. (۱۴۳۱ق.) *کفایة الاصول*، قم: مؤسسه نشر اسلامی، چاپ پنجم.
 - خوئی غروی، سید ابوالقاسم. (۱۴۱۷ق.) *الهدایة فی اصول الفقه*، تقریر حسن صافی اصفهانی، بی‌جا: مؤسسه صاحب‌الامر، چاپ اول.
 - _____. (۱۴۱۷ق.) *مصباح الاصول*، تقریر محمد سرور واعظ حسینی بهسودی، قم: کتاب‌فروشی داوری، چاپ پنجم.
 - _____. (۱۴۲۶ق.) *دراسات فی علم الاصول*، تقریر علی هاشمی شاهرودی، بی‌جا: مؤسسه دایرةالمعارف فقه اسلامی، چاپ دوم.
 - _____. (۱۴۲۹ق.) *غایة المأمول من علم الاصول*، تقریر محمدتقی جواهری، قم: مجمع فکر اسلامی، چاپ اول.
 - زنجانى، میرزا باقر. (۱۴۳۲ق.) *معراج الاصول*، تقریر سید مرتضی حسینی نجومی، قم: مؤسسه بوستان کتاب، چاپ اول.
 - _____. (۱۴۲۹ق.)، *کتاب الاستصحاب: تقریر سید مرتضی حسینی نجومی*، قم: دارالتفسیر، چاپ اول.
 - سبحانی تبریزی، جعفر. (۱۴۳۰ق.) *ارشاد العقول الی مباحث الاصول*، تقریر محمدحسین الحاج العالمی، بی‌جا: مؤسسه امام صادق^(ع)، چاپ دوم.
 - _____. (بی‌تا) *نظام النکاح فی الشریعه الاسلامیه الغراء*، قم: مؤسسه امام صادق، چاپ اول، ج ۲.
 - _____. (۱۴۱۸ق.) *المحصول فی علم الاصول*، تقریر محمود جلالی مازندرانی، قم: مؤسسه امام صادق، بی‌جا.
 - سیستانی، سید محمدرضا. (۱۴۲۵ق.) *وسائل الانجاب الصناعیه*، بیروت: دارالمورخ العربی، چاپ اول.
 - شبیری زنجانى، سید موسی. (۱۴۱۹ق.) *کتاب نکاح*، قم: مؤسسه پژوهشی رأی پرداز، چاپ اول.
 - شهیدی، مهدی. (۱۳۸۱) *حقوق مدنی - اصول قراردادها و تعهدات*، تهران: انتشارات مجد، چاپ دوم، ج ۲.
 - صدر، سید محمدباقر. (۱۳۸۴) *دروس فی علم الاصول*، قم: مؤسسه نشر اسلامی، چاپ هفتم.
 - _____. (۱۴۰۸ق.) *مباحث الاصول*، تقریر کاظم حسینی حائری، قم: مقرر، چاپ اول.

- _____ . (۱۴۱۷ق.) بحوث فی علم الاصول، تقریر سید محمود هاشمی شاهرودی، قم: مؤسسه دایرة المعارف فقه اسلامی، چاپ سوم.
- طاهری، حبیب‌الله. (۱۴۱۸ق.) حقوق مدنی، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم.
- طباطبایی بروجردی، سید حسن. (۱۴۱۵ق.) نهاییه الاصول، قم: نشر تفکر، چاپ اول.
- _____ . (۱۴۲۱ق.) لمحات الاصول، تقریر سید روح‌الله موسوی خمینی، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ اول.
- طباطبایی حکیم، سید محسن. (۱۴۰۸ق.) حقایق الاصول، قم: کتاب فروشی بصیرتی، چاپ پنجم.
- طباطبایی حکیم، سید محمد سعید. (بی‌تا) الکافی فی اصول الفقه، بیروت: دار و مکتبه الهلال، بی‌چا.
- _____ . (۱۴۱۸ق.) المحکم فی اصول الفقه بی‌جا: مؤسسه المنار، چاپ دوم.
- عراقی، ضیاء‌الدین. (۱۴۱۷ق.) نهاییه الافکار، تقریر محمدتقی بروجردی، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ سوم.
- _____ . (۱۴۱۴ق.) مقالات الاصول، قم: مجمع الفکر الاسلامی، چاپ اول.
- علوی، سید عادل. (۱۴۲۱ق.) القول الرشید فی الاجتهاد و التقليد، قم: کتابخانه آیت‌الله مرعشی نجفی، چاپ اول.
- غروی نائینی، محمدحسین. (۱۳۶۸) اجودالتقریرات، تقریر سید ابوالقاسم خوئی، قم: انتشارات مصطفوی.
- _____ . (۱۴۰۹ق.) فوائد الاصول، تقریر محمدعلی کاظمی خراسانی، قم: مؤسسه نشر اسلامی، چاپ اول.
- فشارکی، سید محمد. (بی‌تا) درر الاصول، تقریر سید عبدالکریم حائری یزدی، قم: انتشارات ۲۲ بهمن، بی‌چا.
- فهیمی، عزیز الله. (۱۳۸۸) مبانی و قلمرو اصل صحت در معاملات، قم: انتشارات دانشگاه قم، چاپ اول.
- فیروزآبادی، سید مرتضی. (۱۴۰۰ق.) عنایة الاصول فی شرح کفایة الاصول، قم: انتشارات فیروزآبادی، چاپ چهارم.
- قمی، میرزا قاسم. (۱۴۱۷ق.) غنائم الايام فی مسائل الحلال و الحرام، قم: دفتر تبلیغات اسلامی

- حوزة علمية قم، چاپ اول.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۵) اثبات و دلیل اثبات، تهران: نشر میزان، چاپ چهارم.
- _____. (۱۳۸۵) حقوق مدنی - قواعد عمومی قراردادها، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ هفتم.
- محقق داماد، سید مصطفی. (۱۳۷۴) قواعد فقه، تهران: سمت، چاپ اول.
- محمدی، ابوالحسن. (۱۳۸۲) قواعد فقه، تهران: نشر میزان، چاپ ششم.
- مدنی، سید جلال‌الدین. (۱۳۸۴) ادله اثبات دعوا، تهران: پایدار، چاپ هشتم.
- مرتضوی لنگرودی، سید محمدحسن. (۱۴۱۲ق.) الدررالنضید فی الاجتهاد و الاحتیاط و التقليد، قم: مؤسسه انصاریان، چاپ اول.
- مرعشی شوشتری، سید محمدحسن. (۱۴۲۷ق.) دیدگاه‌های نو در حقوق، تهران: نشر میزان، چاپ دوم.
- مشکینی، ابوالحسن. (۱۴۱۳ق.) حواشی المحقق المشکینی علی الکفایة، بی‌جا: انتشارات لقمان، چاپ اول.
- مصطفوی، سید محمد کاظم. (۱۴۲۱ق.) مائه قاعده فقهیه، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزة علمية قم، چاپ چهارم.
- مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۱۶ق.) انوارالاصول، تقریر احمد قدسی، قم: نسل جوان، چاپ دوم.
- _____. (۱۴۱۱ق.) القواعد الفقهیه، قم: مدرسه امام امیرالمؤمنین، چاپ سوم.
- موحدی لنگرانی، محمد فاضل. (۱۴۲۱ق) شرح تحریرالوسیله - النکاح، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام، چاپ اول.
- _____. (۱۳۸۰) سیری کامل در اصول فقه، قم: انتشارات فیضیه، چاپ اول.
- _____. (۱۳۸۱) اصول فقه شیعه، تقریر محمود ملکی اصفهانی و سعید ملکی اصفهانی، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام، چاپ اول.
- _____. (۱۴۱۶ق.) القواعد الفقهیه، قم: چاپ‌خانه مهر، چاپ اول.
- موسوی بجنوردی، سید حسن. (۱۴۱۹ق.) القواعد الفقهیه، قم: الهادی، چاپ اول.
- _____. (بی‌تا) منتهی الاصول، قم: کتاب‌فروشی بصیرتی، چاپ دوم.
- موسوی خمینی، سید روح‌الله. (بی‌تا) تحریرالوسیله، قم: مؤسسه مطبوعات دارالعلم، بی‌چا.
- _____. (این ۱۳۸۵ق.) الرسائل، تقریر مجتبی تهرانی، قم: انتشارات اسماعیلیان، بی‌چا.

- _____ . (۱۳۷۲) *أنوار الهداية في التعليقة على الكفاية*، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ اول.
- _____ . (۱۳۸۵) *تنقیح الاصول*، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ دوم.
- _____ . (۱۴۱۷ق.) *الاستصحاب*، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ اول.
- مؤمنی، عابدین. (۱۳۸۵) *اصول عملیه در نگاه شیخ انصاری و امام خمینی*، تهران: چاپ و نشر عروج، چاپ دوم.
- میثمی عراقی، محمود بن باقر. (بی تا) *قوامع الفصول*، بی جا: بی نا، بی جا.
- نجفی، محمدحسن. (۱۴۰۴ق.) *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، بیروت: دار احیاء التراث العربی، چاپ هفتم.

نحوه اشتراک دوفصلنامه فقه و حقوق خصوصی

❖ مبلغ ۲۴۰/۰۰۰ ریال بابت حق اشتراک دو شماره از دوفصلنامه فقه و حقوق خصوصی، برای مدت یک سال، به شماره حساب ۰۱۰۲۴۴۵۴۳۳۰۰۰ به نام انتشارات مدرسه عالی شهید مطهری نزد بانک صادرات شعبه سرچشمه کد ۰۰۶۲ واریز گردد.

❖ اصل فیش بانکی، به همراه فرم اشتراک تکمیل شده از طریق پست یا نمابر یا ایمیل به دفتر دوفصلنامه فقه و حقوق خصوصی ارسال گردد:

نشانی: تهران، میدان بهارستان، دانشگاه شهید مطهری، کد پستی ۱۱۵۷۶۱۳۱۱۷، صندوق پستی ۴۱۷۹-۱۱۳۶۵، دفتر دوفصلنامه فقه و حقوق خصوصی.

پست الکترونیکی: jurisp.priv.law@gmail.com

تلفن و دورنگار: ۰۲۱-۳۳۵۶۳۱۳۱

مشترکین گرامی در صورت تغییر آدرس، نشانی جدید را سریعاً به دفتر دو فصلنامه اطلاع دهند.

(فرم اشتراک پشت صفحه)



فرم اشتراک
دوفصلنامه فقه و حقوق خصوصی

نام و نام خانوادگی:

نام مؤسسه / نهاد:

شغل:

تحصیلات:

تاریخ شروع اشتراک:

متقاضی شماره‌های:

آدرس دقیق پستی:

کد پستی:

تلفن تماس:

نشانی پست الکترونیکی:

امضا و تاریخ

توضیحات:

Investigating Validity of Probative Evidences and Its Application in Jurisprudence and Islamic Law

Seyed Abulghasem Naghibi¹

Elham Maghzi Najafabadi²

Abstract: The validity of probative evidences is one of the fundamental discussions in methodology of religion. Probative evidences (religious circumstantial evidences) are among the evidences needed for interpretation and inference of the Sharia rules, the signifiers of which—in addition to comparative signified—have sometimes evidentiary effects. Evidentiary effect in methodology means the religious effects attributable to the rational instruments, necessities and requirements, either ordinary or accidental, which can be taken as evidence or codes of action. In case of the validity of probative evidence and its reasons, three theories may be put forth: Some jurists attribute the nature of evidence, in terms of proof, depending upon its validity thus rule on absolute validity of probative evidence. Some others, however believing in absolute validity of the probative evidence, have attributed the reason to the quality of proof and attribution of the reasons for validity of the evidence. The third group of jurists believe in a detailed manner which draws a line of separation between various types of evidence and probative evidences. Apparently, to study the validity of probative evidences, the reasons for validity of the evidence must be taken into consideration. Therefore, if the reason behind validity of the evidence is an instance of compulsory obedience, its probative reasoning shall not be valid but if it is based on logical and consistent usages (which is true in the case of the majority of cases) the criterion will be constraints in logical usages and related terms. This is because men of reason at times take something as evidence while at the same time reject its probative values, such as evidence on probation, possession, presumption of marriage bed, and confession.

Keywords: evidences, validity, rational, ordinary and accidental instruments, rational, ordinary and accidental requirements, evidence on possession, evidence on confession

1. Associate Professor, Shaid Motahari University/ E-mail:da.naghibi@yahoo.com

2. MA (Jurisprudence and Private Law), Shaid Motahari University
E-mail:emona691@gmail.com

“With-profits” Bonds as Modern Islamic Financial Instruments versus Lease Bonds

Azam Lashkari Yousefi¹

Abstract: With-profits bond is one of the modern financial instruments in Islamic system of finance. The issuer of these bonds will be able to offer benefits or future services to the holders of the bonds while maintaining the original durable property. Therefore, the holders of these bonds will be able to present the benefits and future services with ease of mind upon accumulation of small capitals to expand this business. On the other hand, the holders of these bonds will enjoy future benefits and services upon a purposeful program and with cheaper prices. They will be also able to transfer their rights in financial markets. Lease bond is another Islamic financial instrument, the holders of which share the joint ownership of the property as is. The resulting benefit is thus distributed according to the lease contract among the issuers or owners of the bonds. Due to some similarities in these two types of bonds, some have mistakenly hypothesized that lease bonds shall cover the advantages of with-profits bonds. This paper has resorted to library research method to review the nature and structure of with-profits bonds to highlight the need for issuing these bonds in comparison with the lease bonds.

Keywords: With-profits bonds, new financial instruments, lease bonds.

1. PhD Student, Department of Jurisprudence and Principles of Law, Research Institute of Imam Khomeini and Islamic Revolution
E-mail: alashgary.yonesy@gmail.com

A Comparative Study of Undue Influence in British Law and Principle of Duress and Compulsion in Iranian Law

Mohsen Esmaili¹

Kazem Shah'bani²

Abstract: In British law, equity courts have created and expanded the principle of “undue influence” due to restrictions with principle of duress to compensate damages imposed on the victims. This legal institution is legally applied in the case of a person who had been under the influence of a third party, his parents for instance, when signing a contract. Therefore he/she is not legally committed to the terms of the contract he has signed. Enforcement of undue influence is one reason for unfairness of the contract and legally sufficient to terminate it.

The principle of duress and compulsion in Islamic jurisprudence supports the will of weak and under-influence individuals to some extent. Duress in case of threat and lack of satisfaction will render the contract null and void. Compulsion, in its totality, has no effect on the contract and it only removes penal liability. Only misuse of compulsion and emergency contracts signed under duress (i.e. in cases compulsion has been practiced intentionally by the other party) are similar to the undue influence, neither of which has received outright support by the legislators. After a comparative study of these two legal institutions in Iran and the UK, this paper came to the conclusion that there is a need to reform the principle of duress and compulsion in our legal system.

Keywords: undue influence, duress, compulsion, defects with the will, contracts signed under duress.

1. Associate Professor, Department of Law and Political Science, Tehran University/ E-mail:esmaeili1344@ut.ac.ir

2. MA (Private Law), Imam Sadiq University/ E-mail:kazem.19sh@gmail.com

Theory of Efficient Breach of Contract

Mohammad Hadi Rostami¹

Abstract: Breach of contract is economically efficient only when the cost of contract enforcement for the obligor surpasses the resulting benefits, thus the obligor accepts payment to the obligee for the damages, placing him at a position of contract in force to avoid further damages to himself. The preconditions for efficiency in breach of contract requires the sum of damages be less than the real imposed damages and in financial assessment of the damage the personal value of the contract is not calculated in favor of the creditor, sufficing to a criterion only. Some legal criticisms are: neglecting ethical values, reducing planning capacity, elimination of profit for the seller of precious goods, and contradiction with the principle of freedom.

The legal and economic definition of efficient breach of contract, reviewing pertinent criticisms and a comparative study with the Western legal system are among the major achievements of this paper.

Apparently, despite all problems Iran's legal system has to challenge with to have the theory accepted, thanks to its many advantages efforts should be maintained to pave the ground for translation of this theory into action in Iran. Some solutions to that end, are the following: reinforcing legal system in full compensation for the damages, admitting Pareto efficiency rule, giving priority to social benefits over individual gains, including some economically efficient concepts as prerequisites for realization of economic justice, admitting the theory in view of ethical values, proving its lack of contradiction with specific performance of the contract.

Keywords: contract, efficient breach, termination of contract, economic efficiency, compensation for the damages.

1. PhD (Jurisprudence and Private Law, Shahid Motahari University)
Email:rostami123@gmail.com

Jurisprudential and Legal Investigation of Digital Data Value and Ownership in Cyberspace

Seyed Alireza Froroughi¹

Asma Hosseinzadeh Sereshki²

Abstract: In this study, we have classified digital data into three groups to precisely investigate digital data value and ownership: (1) Digital data with foreign likeness. Cyberspace is an environment for intellectual property such as computer software that are available as digital data. (2) Big data that is naturally realizable outside the network but is available in cyberspace since it is large in volume and time-consuming for external handling. (3) Data such as domain and web hosting that are instruments for cyberspace and there is no foreign likeness for them and they have been created according to the requirements of the cyberspace. The value of the digital data is determined by the data's economic value on one hand, and on the other hand, by inference to the types of properties in Fiqh and Islamic law. Ownership, too, in the context of full claim on digital data is acceptable due to the advantage of possessing it.

In this study, we have studied each category under a certain legal system with respect to the characteristics of each category and qualities of properties according to Fiqh and Islamic law: The first and second groups – as intellectual rights – are placed under the principle of intellectual property and its rules of ownership. Cyberspace instruments shall be considered as the infrastructures such as hardware and the resulting benefits as well as ownership of such data will be investigated under civil property system.

Keywords: value, ownership, digital data, cyberspace, intellectual rights, value of standing property.

1. Assistant Professor, Shahid Motahari University/ E-mail:nomune24@gmail.com

2. MA (Jurisprudence and Private Law) Shahid Motahari University
E-mail:ahs312@gmAliail.com

English Abstracts Essays

Genetic Modification of Human Characteristics and Capacities in View of Ethics and Jurisprudence

Akram Safiri¹

Zahrasadat Mirhashemi²

Abstract: Genetic technology and its application on man is one of the newly discovered scientific issues that helps genetic modification of human forces and capacities to change him into a super-human. Genetic modification of human capacities is creating a change, altering or genetically modifying human genes so that some organs function beyond natural limits of humans. Genetic modification does not pursue treatment of people with certain diseases; rather, it reinforces genetic characteristics of a healthy human. The general ethical codes and principles as well as the rule of wisdom that are based on the advantages and disadvantages of using this technology, serve as guidelines for us in issuing an ethical rule on reinforcing human capacities through this technology. To that end, this paper intends to have access to a crystal clear ethical rule on genetic modification based on ethics and Fiqh or Islamic jurisprudence. We will study genetic modification of human capacities by genetic selection of the embryo in comparison with genetic modification of human capacities through genetic recombinant. In the meantime, we will discuss in detail the disadvantages and damages coming from genetic modification, highlight its unethical manners and propose its prohibition by law.

Keywords: genetic technology, genetic modification, genetic breeding, advantages and disadvantages, ethical values.

1. Assistant Professor, Shahid Motahari University

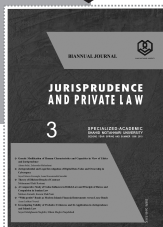
E-mail:university_motahari@yahoo.com

2. PhD (Jurisprudence and Private Law, Shahid Motahari University) and Assistant Professor, Department of Jurisprudence and Law, AlZahra University

E-mail:z.mirhashemi@yahoo.com

Table of Contents

❖	Editorial	1
❖	Genetic Modification of Human Characteristics and Capacities in View of Ethics and Jurisprudence.....	3
	Akram Safiri	
	Zahrasadat Mirhashemi	
❖	Jurisprudential and Legal Investigation of Digital Data Value and Ownership in Cyberspace.....	35
	Seyed Alireza Froroughi	
	Asma Hosseinzadeh Sereshki	
❖	Theory of Efficient Breach of Contract.....	55
	Mohammad Hadi Rostami	
❖	A Comparative Study of Undue Influence in British Law and Principle of Duress and Compulsion in Iranian Law.....	79
	Mohsen Esmaili	
	Kazem Shah'bani	
❖	“With-profits” Bonds as Modern Islamic Financial Instruments versus Lease Bonds.....	109
	Azam Lashkari Yousefi	
❖	Investigating Validity of Probative Evidences and Its Application in Jurisprudence and Islamic Law.....	133
	Seyed Abulghasem Naghibi	
	Elham Maghzi Najafabadi	
❖	English Abstracts Essays.....	166



BIANNUL JOURNAL

JURISPRUDENCE AND PRIVATE LAW

3

SPECIALIZED – ACADEMIC
SHAHID MOTAHHARI UNIVERSITY
SECOND YEAR/ SPRING AND SUMMER 1398/ 2019

In The Name of God

Proprietor: Shahid Motahhari University

Managing Editor: Seyed Alireza Foroughi

Editor-in-Chief: Seyed Abulqasem Naqibi

Editorial Board Members:

- ❖ Mohammad Imami Kashani: Custodian and President of Shahid Motahhari School and University
- ❖ Seyed Mostafa Mohaqeq Damad: Professor, Shahid Beheshti University
- ❖ Seyed Mohammad Moosavi Bojnourdi: Professor, Khawrazmi University
- ❖ Seyed Hossien Safai: Professor, the University of Tehran
- ❖ Seyed Mohammad Sadeq Moosavi: Associate Professor, Shahid Motahhari University
- ❖ Seyed Abulqasem Naqibi: Associate Professor, Shahid Motahhari University
- ❖ Mohammad Bahrami: Associate Professor, Shahid Motahhari University
- ❖ Mohsen Ismaili: Associate Professor, the University of Tehran
- ❖ Mohammad Roshan: Associate Professor, Shahid Beheshti University

Managing Director: Atiyeh Zandiyeh

Editor: Atiyeh Zandiyeh

Proofreader: Azam Suleimani

English Translator: Seyed Sadroddin Moosavi Jashni

Cover Design and Layout: Amir Rajabinejad

Mailing Address: Office of *Biannual Journal of Jurisprudence and Private Law*,
Shahid Motahhari University Baharestan Square, Tehran, Iran

P.O. Box 11365-4785

Postal Code: 1157613117

Tel & Fax: +98 – 21 33563131

Website Address: www.motahari.ac.ir

Email Address: jurisp.priv.law@gmail.com

- ❖ *Biannual Journal of Jurisprudence and Private Law* reserves the right to edit, correct or summarize the received articles.
- ❖ Materials included in *Biannual Journal of Jurisprudence and Private Law* fail to necessarily express the viewpoints of the Shahid Motahhari University.
- ❖ Quotation of contents has no legal prohibition provided the source is cited.